

Forbehold mot kontraktsvilkår innen bygg og anlegg

Rettsvirkninger av at det er tatt forbehold mot offentlig
oppdragsgivers kontraktsvilkår

Kandidatnummer: 558

Leveringsfrist: 25. April 2007

Til sammen 16 992 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>5</u>
1.1	PROBLEMSTILLING	5
1.2	AVGRENSNINGER	6
1.2.1	AVKLARING AV BEGREP	7
1.3	RETTSKILDEBILDE OG METODE	8
1.3.1	ENTREPRISERETTEN	8
1.3.2	ANBUDSRETTE	9
1.3.3	OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	10
1.3.4	KOFA-AVGJØRELSERS RETTSKILDEMESSIGE VEKT	11
1.3.5	ANNEN NEMDSPRAKSIS – UTTALELSER FRA BYGGEBRANSJENS FAGELIGE JURIDISKE RÅD	13
1.4	HENSYNENE BAK REGELVERKET	14
1.4.1	OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	14
1.4.2	STANDARDVILKÅRENE	15
<u>2</u>	<u>ADGANGEN TIL Å TA FORBEHOLD ETTER FORSKRIFTEN</u>	<u>16</u>
2.1	PLIKT OG RETT TIL Å AVVISE TILBUD MED FORBEHOLD	16
2.2	PLIKT TIL Å AVVISE	17
2.2.1	VESENTLIGE FORBEHOLD MOT KONTRAKTSVILKÅRENE	17
2.2.2	TVIL OM HVORDAN TILBUDET SKAL BEDØMMES	20
2.3	RETT TIL Å AVVISE	21
2.4	BRUK AV TILBUDSFORBEHOLD ETTER REGLENE I EU-DIREKTIV	23
3	<u>STANDARDENS RETTSLIGE POSISJON VED OFFENTLIGE ANSKAFFELSER</u>	<u>24</u>
3.1	FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSE-BRUK AV KONTRAKTSSTANDARD	24

3.2	REVERSERING AV FORSKRIFT I KGL .RES. - FORNYINGS OG ADM. DEP.	30
3.2.1	FORNYINGS- OG ADM. DEP. 18.10.2006 – KGL. RES	30
<u>4</u>	<u>HÅNTERING AV FORBEHOLD</u>	<u>33</u>
4.1	TAKSERING AV FORBEHOLD	33
4.2	OPPDRAKSGIVERS ”BORTREGULERING” AV FORBEHOLD I KONTRAKTSGRUNNLAGET	36
4.2.1	OPPDRAKSGIVERS UNNTAK FRA STANDARDENE FØRER TIL FORBEHOLD FRA LEVERANDØRENE SOM IGJEN KAN LEDE TIL AVVISNING FRA KONKURRANSEN	37
4.3	VARSLING I KONKURRANSEGRUNNLAGET OM HVORDAN FORBEHOLD VIL BLI VURDERT	38
4.3.1	FORBEHOLD SOM TILDELINGSKRITERIUM	38
<u>5</u>	<u>ENKELTE PROBLEMSTILLINGER ETTER FORSKRIFTENS REGULERINGER</u>	<u>41</u>
5.1	EN ENTREPRENØR HAR SELV PRISET ET ”FELLES” FORBEHOLD	41
5.2	SAMME FORBEHOLD KAN INDIVIDUELT IKKE TAKSERES	44
<u>6</u>	<u>FORBEHOLDS STILLING VED BRUDD PÅ ANBUDSREGLENE OG DE KONTRAKTSRETTLIGE FØLGER</u>	<u>46</u>
6.1	KAN FORBEHOL SETTES UT AV KRAFT VED FORHANDLINGER ?	46
6.2	KONTRAKTSRETTSVIRKNINGENE AV BRUDD PÅ ANBUDSREGLENE	50
6.3	SANKSJONERING AV ANBUDSBESTEMMELSENE	52
6.3.1	DE AKTUELLE SANKSJONER VED BRUDD PÅ REGLEMENTET	53
6.3.1.1	TILSIDESETTELSE AV BESLUTNINGER OG MIDLERTIDIG FORFØYNING	53
6.3.1.2	ERSTATNING	53
6.3.1.3	ENTREPRENØRENS STILLING	55

6.4	SANKSJONENES FORHOLDSMESSIGE OMFANG FOR PARTENE VED ULOVLIGE FORHANDLINGER	55
------------	---	-----------

<u>7</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>57</u>
-----------------	--------------------------	------------------

<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>60</u>
-----------------	-------------------------------	------------------

1. Innledning

1.1 Problemstilling

Emnet for denne avhandlingen er rettsvirkningene av at det er tatt forbehold mot offentlig oppdragsgivers kontraktsvilkår. Avhandlingen vil søke å redegjøre for denne delen av den rettslige reguleringen som foreligger ved kontraktsinngåelse ved offentlige anskaffelser innen bygg og anlegg. Det vil bli fokusert på aktørenes rettslige stilling i forhold til inngåelse av kontrakter med det offentlige som oppdragsgiver. Sentrale momenter er adgangen til å regulere forbehold i kunngjøringen av konkurransegrunnlaget, adgangen til å ta forbehold, og virkningene av at forbehold er tatt.

Viktige tema i denne sammenheng er håndtering av forbehold, anvendelsen av de fremforhandlede standard kontraktsvilkårene, særlig NS 8405, og rekkevidden og omfanget av sanksjoner ved brudd på reglementet.

Problemstillingene vil i hovedsak drøftes i lys av den nye forskriften om offentlige anskaffelser som trådte i kraft 01.01.07, den fremforhandlede standardkontrakt - NS 8405, og tidligere rettspraksis som foreligger på feltet. I tillegg kommer avgjørelser fra klagenemda for offentlige anskaffelser og nemdsuttalelser fra Byggebransjens Fagelige Juridiske råd¹.

Bakgrunnen for valget av oppgavetema er bl.a. den utstrakte bruken av avvik fra standardkontraktene som gjør problemstillingen vedrørende forbehold og avvisning meget aktuell i praksis innen bygg- og anleggsbransjen.

Et eget aspekt ved den valgte vinklingen av problemstilling er at det entrepriserettslige området her delvis blir lagt under lovgivers premisser. Reglementet for de offentlige anskaffelser griper gjennom forskriften inn i de avtalerettslige regler for kontraktinngåelse i bygg- og anleggsbransjen. Dette generer en turbulens på et området hvor avtalefriheten tradisjonelt sett

¹ Se senere for en vurdering av rettskildeverdien.

står meget sterkt. Avhandlingens tema utgjør dermed en blanding av offentlig- og privatrettslig emne.

En vil gjennom en drøfting av aktørenes premisser søke å klargjøre tilstanden de lege lata. Gjennom prosessen vil imidlertid også de lege ferenda betraktninger og løsningsforslag få en plass.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingen vil i hovedsak ta for seg reguleringene og rettsfølgene som faller inn under reglene om offentlige, åpne anbudskonkurranser – der forhandlinger ikke er tillatt. Problemstillingene vil i stor grad også være aktuelle ved begrenset anbudskonkurranse, men det er viktig å presisere innledningsvis at sentrale deler av avhandlingens tema forutsetter et forhandlingsforbud. Ved «konkurranse med forhandling» vil avhandlingens tema være mindre aktuelt. Det vil ikke bli redegjort for terskelverdiene og de tilhørende forskjellige konkurranseformene. En vil bare i liten grad nevne de parallelle bestemmelsene i forskriftens kap. 20 vedr. konkurranser over EU-terskelverdiene da disse for det aktuelle temaet vil være de samme.

Utgangspunktet for drøftingen vil være kontraktsinngåelse mellom offentlig byggherre og privat entreprenør, mens lov om offentlige anskaffelsers generelle reguleringer i liten grad vil bli behandlet. Avhandlingen tar utgangspunkt i den ordinære entreprisemodellen hvor byggherren selv prosjekter eller hvor han benytter seg av en arkitekt eller rådgivende ingeniør som han selv har engasjert. Byggherren inngår deretter avtaler med ulike leverandører om selve oppføringsarbeidet. Totalentreprisekontrakter vil ikke behandles selvstendig, men vil på enkelte steder bli brukt som sammenligningsgrunnlag. De generelle reguleringene i NS 8405 vil bare i liten grad bli omtalt.

Avhandlingen vil i hovedsak forsøke å identifisere og drøfte følgene av rettsfeltets regulering av adgangen til å ta forbehold ved kontraktsinngåelse med det offentlige som kontraktspart. En vil med dette også søke å fremstille den fremforhandlede standardens rolle ved inngåelse av kontrakter om offentlige anskaffelser. Videre vil en forsøke å redegjøre for den mer generelle håndteringen av forbehold mot kontraktsgrunnlaget ved offentlige anskaffelser. I tillegg

behandles taksering av forbehold som en sentral underproblemstilling av temaet.

Gjennom behandlingen av disse temaene vil en også belyse hvordan de rettslige reguleringene på området påvirker den markedsbaserte maktbalansen mellom aktørene i bransjen.

1.2.1 Avklaring av begrep

Tilbud med forbehold mot kontraktsgrunnlaget har en parallell i såkalte ”alternative tilbud”. Forskjellen på de to formene kan etter en vanlig språklig forståelse synes liten, men det er et skarpt rettslig skille mellom alternative tilbud og tilbud med forbehold. Begrepet ”alternative tilbud” behøver derfor en avklaring.

For å avklare forskjellen mellom alternative tilbud og forbehold/avvik/ufullstendigheter, er en legaldefinisjon av alternative tilbud utformet i forskriften. Begrepet ”alternative tilbud” er legaldefinert i forskriftens § 4-1 bokstav k: *”betegnelse på tilbud som er utarbeidet etter oppdragsgivers oppgitte alternative minimumskrav til ytelse eller funksjon, og eventuelle spesielle krav til utformingen av tilbudet.”* I motsetning til tilbud med forbehold mot kontraktsgrunnlaget, utgjør dette tilbud som angir en annen løsning en det oppdragsgiver foreslår i tilbudsinnbydelsen.

Håndteringen av alternative tilbud har fått en ny løsning i forskriftens §§ 11-4 og 20-4²

Adgang til å inngi alternative tilbud må positivt angis av tilbyder i kunngjøringen, og oppdragsgiver skal i konkurransegrunnlaget angi de alternative minstekravene.

Avvisning av alternative tilbud avgitt i strid med disse bestemmelsene er regulert i §§ 11-11 (1) bokstav c og 20-13 (1) bokstav c.

Bestemmelsen i forskriften om alternative tilbud er forskjellig fra reguleringen i NS 8400 punkt 5.2.3 om alternative løsninger. I forskriften, i motsetning til i NS 8400, må alternative tilbud positivt tillates. De alternative minstekravene må i forskriften, i motsetning til NS 8400, positivt angis av oppdragsgiver, og kan ikke utledes. De alternative minstekravene i forskriften må ikke, i

2 §§ 11-4 og 20-4 regulerer de samme regler for konkurranser henholdsvis over og under EU-terskelverdiene

motsetning til NS 8400, være de samme som minstekravene i den primære tekniske spesifikasjonen. Løsningen valgt i NS 8400 ble avvist av EF-domstolen i C-421/01 Traunfellner.

Det er i utgangspunktet tillatt å lever tilbud med såkalte «avvik» fra oppstilte minstrekrav i konkurransegrunnlaget jfr. forskriftens § 11-3. Disse reguleres i hovedsak på samme måte som forbehold. Det skilles imidlertid mellom avvik fra *kravsspesifikasjonene* og forbehold mot *kontraktsvilkårene*.

1.3 Rettskildebildet og metode

1.3.1 Entrepriseretten

Rettskildebildet innen entrepriseretten er egenartet. Feltet er ikke lovregulert, istedet har bransjen fått regulere seg selv gjennom standardkontrakter. Myndighetene har ikke sett noe behov for å regulere avtaleforhold mellom profesjonelle parter som er i stand til å ivareta sin egen tarv, og prinsippet om avtalefrihet står sterkt. Den eneste lovregulering som finnes på dette området er bustadoppføringsloven - «Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m av 13. juni. nr.43. 1997» En skal ved sammenligning være bevisst på at dette er en regulering som spesielt tar sikte på å verne om forbrukerforhold. Lovregulering av næringslivsforhold vil tildels ha andre hensyn bak formålet for reguleringen. Standardkontraktene har derfor fått stor tilslutning bl.a. fordi de er fremforhandlet mellom bransjeorganisasjonene.

Forhandlingsgrunnlaget gjør at kontraktene vil virke noenlunde jevnbyrdig mellom partenes interesser. NS 8405 er siste skudd på denne stammen og hadde som målsetning å fornye og videreutvikle NS 3430 som kom i 1991, samt å gjøre den mer brukervennlig.

Før NS 3430 hadde NS 3401 virket som standardkontakt for byggebransjens utførelsesentrepriser siden 1969. I Norge har det vært benyttet standardkontrakter i byggebransjen over lang tid, de er derfor godt innarbeidet i bransjen, noe som gir dem en sentral rolle ved tolkning av entrepriserettslige problemstillinger.

Avhandlingen vil basere seg på tradisjonell juridisk metode, men entrepriseretten særpreges av at det er færre rettskilder enn på mange andre områder. Enkelte kilder får derfor forholdsmessig større vekt enn de normalt har. De aller fleste konflikter innen entrepriseretten havner aldri i rettssystemet, men blir i stedet løst gjennom forhandlinger. Alternativet er bruk av voldgift eller et eget tvisteløsningsorgan fastlagt i kontrakten, jfr. oppmannsordningen i NS 8405. Årsaken til at partene ønsker en slik form for tvisteløsning er begrunnet i ønsket om hurtighet og anonymitet. Aktørene som deltar i bransjen vil generelt være opptatt av å beskytte sitt navn mot negativ publisitet. Voldgift er ideelt slik sett, da partene selv kan regulere publisiteten gjennom voldgiftsavtalen. En klar negativ side i denne sammenheng er at de fleste voldgiftsavgjørelser ikke er tilgjengelige for allmennheten og således ikke kan virke korrigerende på rettstilstanden. Dette kan virke hemmende på rettsutviklingen. Den rettspraksis en får, kan med dette også få svekket sin egenverdi som rettskilde. Den enkelte avgjørelse står like stødig som ellers, men de større linjene kan bli svekket ved mangel på tilgang på bekreftelse og sammenligning. Rettspraksis kan dermed, generelt sett, få mindre vekt som rettskilde mellom profesjonelle parter, enn hva vi er vant med i norsk rett. Når dette er sagt, er det grunn til å presisere at den rettspraksis som faktisk finnes på dette området får stor betydning. Et problem som kan oppstå i denne situasjonen er at det oppstår et avvik mellom rettspraksis, standardkontraktene og voldgiftsavgjørelsene. Det kan oppstå en spenning mellom disse kildene som motvirker en ensartet tilstand på området. Men det kan også på den annen side tilføre rettsfeltet en egen dynamisk utvikling.

1.3.2 Anbudsretten³

Den generelle anbudsretten var i utgangspunktet ulovfestet selv om noen av avtalelovens enkeltregler har betydning også ved anbud. Som eksempel kan nevnes reglene om bindende tilbud og aksept, tilbakekall og akseptfrist. Disse reglene viker forøvrig for annen avtale og for kutyme, jfr. lovens § 1. En slik kutyme er typisk den ulovfestede anbudsretten. Også denne virker som deklarasjonsrett og kan derfor fravikes ved uttrykkelig avtale i det enkelte tilfelle. Partene kan altså forhåndsavtale hvordan avtaleinngåelsen skal være. Dette vil i praksis skje ved at

anbudsinnybyderen på forhånd tilkjenner hvilken standard (f. eks. NS 3400) som skal følges. Slike ensidig fastsatte spilleregler binder også anbudsinnybyder selv. Når det gjelder anbudsreglenes virkeområde i tid gjelder disse frem til kontraktinngåelsen. Etter antagelsen av tilbudet gjelder kontrakten og de aktuelle kontraktsvilkårene (f. eks. NS 3430 eller NS 8405) mellom partene.

Ved anskaffelser av det offentlige er anbudsreglementet blitt formalisert og egne «offentlige anbudsregler» kan sies å gjelde for kokurransene. Avhandlingen vil i denne sammenheng i hovedsak berøre temaet angående reguleringen av bruk av standard kontraktsvilkår.

1.3.3 offentlige anskaffelser

Innen feltet offentlige anskaffelser er rettskildebildet et helt annet enn innen entrepriseretten. Her finnes både lov og forskrift, og forarbeider til disse. I tillegg kommer direktivene fra EU som har dannet grunnlaget for regelverket. Utfordringen på dette feltet har vært å få håndhevet disse regler på en hensiktsmessig måte. Undersøkelser om hvordan håndhevelsessystemet i Norge fungerte for offentlige anskaffelser viste et stort behov for en alternativ tvisteløsningsmodell til ordinær domstolsbehandling. For å gi en raskere og rimeligere klagemulighet for leverandørene på et lavere konfliktnivå, besluttet derfor stortinget gjennom innføring av ny §7 a i lov om offentlige anskaffelser at det fra 2003 skulle opprettes en uavhengig klagenemd for offentlige anskaffelser (KOFA). Nemda er oppnevnt av Regjeringen og medlemmene består dels av uavhengige advokater og dels av ekspertise hentet fra domstolene og universitetet. Oppnevningen er basert på et fagelig grunnlag og med en sammensetning som sikrer teoretisk og praktisk erfaring og innsikt. I den enkelte sak deltar tre av nemdas medlemmer. De nærmere retningslinjer for tvisteløsning i Klagenemnda er gitt i en egen forskrift, klagenemndforskriften.⁴ Det følger av klagenemndforskriftens § 1 at Klagenemndas avgjørelser er *rådgivende*, men det forventes at den vil bli lagt til grunn i de fleste tilfeller. Klagenemndas kompetanse er videre begrenset til å avgjøre om lovens *foreskrevne fremgangsmåte* er fulgt, og nemnda uttaler seg som hovedregel ikke om eventuelle rettslige konsekvenser av brudd på anskaffelsesreglementet, jf

3 Se NOU 1997:21 kap. 11.2

4 Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser, fastsatt ved kgl. res. 15. nov. 2002.

klagenemndforskriften § 12 sjuende punktum. Dersom den finner grunn for det, kan Klagenemnda likevel uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt, jf klagenemndforskriften § 12 åttende punktum. Dersom saken senere kommer inn for domstolene vil det være adgang til å legge frem uttalelsen fra klagenemnda for domstolen jfr. Høyesteretts kjæremålsutvalgs avgjørelse fra 23. mai 2002. (Rt 2002 s. 237) ⁵

1.3.4 KOFA-avgjørelsenes rettskildemessige vekt⁶

En avgjørelse fra klagenemnda er ingen rettskraftig dom, en part vil dermed heller ikke inneha et tvangsgrunnlag etter å ha fått medhold i nemda. En kan i rettshierarkiet, vedr. rettskildeværdi, sammenligne avgjørelsene fra klagenemndas med sivilombudsmannens uttalelser. klagenemndas fastleggelse av anskaffelsesregelverkets rettigheter og plikter bidrar til å korrigere lovstridig praksis. Spørsmålet er om avgjørelsene i tillegg skal tillegges rettskildemessig betydning. Problemstillingen blir dermed om avgjørelsene er relevante og hvilken vekt de eventuelt skal tillegges.

Når det gjelder relevans, er det slik at en hvilken som helst opplysning med tilknytning til temaet for tvisten er relevant. klagenemndas avgjørelser er derfor relevante i rettsanvendelsen såfremt de kan bidra til å klargjøre tvistetemaet.

Spørsmålet blir dermed hvilken vekt de skal tillegges. I rettsanvendelsen veies de relevante rettskildefaktorene opp mot hverandre, og vekten av en rettskildefaktor vil avhenge av de andre rettskildefaktorer som foreligger. Vekten av klagenemndas avgjørelser kan ikke bestemmes på et helt generelt grunnlag, den må holdes sammen med resten av rettskildebildet.

I sin saksbehandling anvender klagenemnda rettskildefaktorer med stor vekt, for eksempel forskrift og rettspraksis. Domstolene vil derfor naturlig se hen til hvilke argumenter klagenemnda har trukket ut av de rettskildefaktorene som har vært benyttet for å avgjøre det omtvistede spørsmålet. Når domstolen slutter seg til klagenemndas forståelse av rettskildefaktorene, tillegges

⁵ Fra info om KOFA på www.kofa.no

⁶ Se Trygstad, Kristian, *Offentlige anskaffelser: Den rettslige kontrollen med oppdragsgivers vurderinger i tildelingsfasen*, Oslo, 2004, s. 4 flg.

avgjørelsen vekt. Men dette kan i utgangspunktet gjøres med et hvert juridiske resonnement. Spørsmålet blir dermed i hvilken grad skal domstolene legge vekt på avgjørelsene nettopp fordi de kommer fra klagenemnda. I nemndas avgjørelser anvender jurister med særlig fagkunnskap rettskildefaktorene i en domstolliknende prosess. Dette taler for at avgjørelsene som treffes, skal tillegges betydning for rettsanvendelsen.

En innvending mot å tillegge avgjørelsene stor rettskildemessig vekt, er at de skal fremmes for tingretten som første instans. Denne plasseringen i systemet trekker i retning av at avgjørelsene bare skal tillegges begrenset betydning i rettsanvendelsen.

Organet ble imidlertid opprettet under forutsetning av at dets avgjørelser skal følges opp i praksis. Offentlige oppdragsgivere vil derfor i stor grad innrette sin praksis etter de rettsreglene klagenemnda utleder fra anskaffelsesregelverket.

Det kan anføres at KOFA har en bred fagelig sammensetning, og stor oppslutning fra bransjen, når avgjørelsene blir fulgt opp av partene, skapes det en bransjepraksis. Dette vil virke forsterkende på nemndas senere avgjørelsers forholdsmessige rettskildeverdi. Organet er imidlertid en offentlig klagenemd, og spesielt på grunn av den magre tilgangen på høyestrettsdommer, må en være bevisst på at retten kan underkjenne den nevnte praksis. Avgjørelsene er lett tilgjengelige for aktørene i markedet. I motsetning til for eksempel voldgiftsavgjørelser som holdes hemmelige, vil derfor aktørene kunne ta nemndas syn til etterretning. Ettersom bare et fåtall av sakene bringes inn for domstolene, blir klagenemnda det autorative organet partene forholder seg til.

Nemndas avgjørelser vil kunne få forholdsmessig stor betydning for rettstilstanden på rettsområdet bygg og anlegg. Lovreguleringen er her begrenset, og både NS-standarder og avtalefriheten står sterkt. Når dette feltet underlegges de kompliserte reglene for offentlige anskaffelser, kan det lett tilgjengelige klageorganet spille en rolle for rettsutviklingen. Når i tillegg avtalefriheten som nevnt står sterkt, skal det også i utgangspunktet mer til for at høyesterett bryter med bransjens egne løsninger.

Selv om spørsmålet om vekten av avgjørelsene vanskelig kan besvares generelt, tilsier de nevnte momentene at klagenemndas avgjørelser skal tillegges en viss om enn ikke betydelig, vekt i rettsanvendelsen.

1.3.5 Annen nemdspraksis – uttalelser fra Byggebransjens Fagelige Juridiske Råd

Byggebransjens Fagelige juridiske Råd, (BFJR) er et responderende utvalg fra 1977. Det er satt med representanter fra entreprenør- håndverker, rådgivende- og byggherresiden, og med to jurister med innsikt i entrepriserettslige spørsmål. En svakhet i forhold til rettskildeverdi sammenlignet med KOFA, er at BFJR ikke behandler sine saker kontradiktorisk.

Saksbehandlingen er skriftelig. Uttalelsene fungerer som svar på juridiske spørsmål fra *en av partene* i en praktisk tvist. Dette gjør uttalelsene mindre egnet som tvisteløser av den aktuelle konflikten. Det er ikke dermed sagt at dette gjør uttalelsene mindreverdige som juridisk argumentasjon. I meget få tilfelle har høyesterett gjort mer og annet enn å etterprøve på selvstendig grunnlag den begrunnelse en klagenemd har gitt for sin vurdering. Det celebre eksempel er *obiter* uttalelsen om vektlegning av spesialkompetanse i Rt 1984 s. 248 «Nanset Standard» (s. 258)⁷: «*De responsa som avgis av et organ som Næringslivets Konkurransautvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt.*» Et nyere eksempel er RT 2005 s. 1531 «Veidekke», der førstvoterende siterer et lengre avsnitt fra sakens forhistorie i BFJR, blant annet om at «*...bransjen er best tjent med en tilnærmet unntaksfri regel om at enhetspriser i anbud ikke kan endres på annen måte enn ved oppretting av åpenbare feil av den art som NS 3400 pkt 13.2 handler om*» og med tilføyelse (s. 1539-1540) om at «*de reelle hensyn som her taler for en restriktiv praksis på dette området , her kommer frem på en instruktiv måte. Dette er hensyn som i de senere år er blitt sterkere vektlagt enn tidligere ved vurderingen av anbudsrettslige problemstillinger.*»

I en anmeldelse av den første publiserte samlingen av uttalelser i BFJR, skrev Professor Dr. juris Viggo Hagstrøm i TfR 1989 på s. 60 at «*...Rådets uttalelser i hvert fall ikke kan tillegges mindre vekt enn avgjørelser fra de tekniske voldgiftsrettene, som har spilt en stor rolle for faget.*» BFJRs uttalelser er ikke like lett tilgjengelige som KOFAs. Tilgjengelighet er sentralt for at

7 Det kan ha hatt betydning at utvalget på det aktuelle tidspunktet ble ledet av høyesterettsdommer Jens Bugge.

nemdspraksis skal få noen betydning utover de ekplisitte sakene de behandler. Det er først ved publisering og åpen tilgjengelighet at slik praksis kan bli kjent på en slik måte at innrettelseshensyn kan få kraft. BFJR's uttalelser er lagt ut på Gyldendal Rettsdata noe som skulle gjøre dem forholdsvis lett tilgjengelige for bransjens aktører.

Til slutt kan en nevne at den nærheten til problemer og tvistetemaer nemdsbehandlingen gir over tid, gjør at disse lettere kan identifisere, lokalisere og synliggjøre løsningsbehov innenfor sitt respektive saksområde. Medlemmene har en spesialkompetanse og deres uttalelser vektlegges deretter. Det avgjørende vil dog alltid være, de av rådets anførte argumenters relevans, slutning og vekt.

1.4 Hensynene bak regelverket

For å forstå hvordan, og ikke minst hvorfor et regelverk fungerer, er det viktig å se hvilke hensyn som ligger bak reguleringene. I vår sammenheng, hvor reguleringene delvis stammer fra et større markedssamarbeid, kan det være spesielt viktig å se hen til de bakenforliggende prinsipper for å avdekke de store linjene i reglementet. Også for å tolke detaljereguleringen er det viktig at en forstår hvor reglene kommer fra. I tillegg melder det seg egne hensyn i tilknytning til de fremforhandlede standardvilkårene i forhold til ved vanlige lovregulerte tilfeller. I samspill virker de bakenforliggende hensynene inn på tolkningsresultatet.

1.4.1 Offentlige anskaffelser

I forhold til reglene om offentlige anskaffelser og anbudsretten generelt, er det spesielt likebehandlingsprinsippet som utmerker seg som det grunnleggende. Reglene er utformet for å tjene et formål, nemlig likebehandling av aktørene som deltar i en anbudskonkurranse utlyst av det offentlige. Dette gjelder både for samtlige tilbydere og offentlige instanser på EU-markedet. Grunnlaget for formålet er åpningen av markedet. Når alle aktørene har like forutsetninger og tilgang til det samlede markedet, skapes den bredeste konkurransen og dermed de beste varene/tjenestene til lavest mulig pris. Likebehandling tilsier at alle skal ha like muligheter for å

bli antatt i konkurransen, og ingen form for diskriminering eller forskjellsbehandling er tillatt. Det er ut fra dette hensynet formet nye prinsipper, som regelen om forhandlingsforbud mellom partene, og prinsippet om forutberegnelighet for aktørene.

Forhandlingsforbudet er for å unngå at partene lager avtaler som unngår konkurranse fra de andre aktørene. Prinsippet om forutberegnelighet er skapt for at alle aktørene i markedet skal kunne vite hvordan de vil bli vurdert, slik at det i praksis ikke dannes en (lokalkjent) gruppe som får et fortrinn i forhold til de andre. Videre spiller hensynene om gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet en samlet rolle for å opprettholde et åpent marked. Som et rammeverk har en forutsetningen om «god forretningsskikk» som et utslag av vanlige avtalerettslige prinsipper.

1.4.2 Standardvilkårene

En fremforhandlet standard skaper likevekt mellom partene i bransjen. Spesielt er det en viktig funksjon av avtaleverket at standarden dermed også kan regulere forholdet mellom to aktører som i utgangspunktet ikke er likeverdige i markedsbalansen. En felles standard skaper like forutsetninger i bransjen, på tross av størrelse og markedspekt. Konkurranserammene blir dermed satt. Ikke minst er det et kostnadshensyn bak avtalen.- De fremforhandlede vilkårene er i stor grad ressurs- og tidsbesparende; partene slipper lange runder med forhandlinger om kontraktsvilkår for en ordinær ytelse.

Hensynene bak fremforhandlingen og bruken av standardvilkårene er flere. En kan si at et bærende argument for ikke å lovregulere rettsområdet er at partene selv best finner de mest hensiktsmessige løsningene. En åpner med dette for en stor grad av avtalefrihet mellom partene. En legger til grunn at partene selv kan ta vare på sine egne interesser i konkurranse med motparten.

Når hensynene bak de to forskjellige regelverkene holdes sammen, kan en se at en samkjøring av regelverket vil møte på utfordringer. Disse vil avhandlingen i det følgende ta sikte på å synliggjøre og drøfte konsekvensene av.

2. Adgangen til å ta forbehold etter forskriften

Adgangen til å ta forbehold mot kontraktsvilkårene i offentlige anbudskonkurranser er regulert i forskrift 2006-04-07 nr 402 om offentlige anskaffelser.

2.1 Plikt og rett til å avvise tilbud med forbehold⁸

Etter forskriftens regler vil et forbehold i tilbudet ofte gi grunn til avvisning fra hele konkurransen. Avvisningssanksjonen er bygget opp etter et todelt system. Først ved å skille mellom forhold ved leverandøren⁹ og tilbudet, for så å skille mellom plikt og rett til å avvise et tilbud. I det ene tilfelle *kan* tilbudet med forbehold avvises, i det andre tilfelle *skal* det avvises. Oppdragsgiver må dermed skille mellom plikttilfelle og skjønnstilfelle. Det er nå like avvisningsregler i forskriftens del II og III.¹⁰ Det blir etter dette sentralt å skille mellom de avvisningsbestemmelsene der oppdragsgiver plikter å avvise, og der oppdragsgiver får en rett til å avvise.

Der oppdragsgiver har en avvisningsrett, er det i utgangspunktet opp til oppdragsgivers skjønn å avgjøre om en leverandør skal avvises. Oppdragsgivers skjønn er imidlertid ikke ubegrenset. Oppdragsgiver må sørge for å overholde de grunnleggende prinsippene, slik som for eksempel hensynet til god forretningsskikk, forutberegnlighet og likebehandling. Oppdragsgiver kan for eksempel ikke benytte avvisningsreglene for å diskriminere utenlandske leverandører. Dersom oppdragsgiver velger å avvise én leverandør på grunn av et gitt forbehold, må også andre leverandører med samme forbehold i tilbudet avvises, jf. likebehandlingsprinsippet.

En problemstilling er om et tilbud med forbehold også i noen tilfelle *skal* antas. Det vil si at en ved avvisning vil gjøre seg skyldig i brudd på anbudsreglene. Dette vil etter en konkret tolkning av ordlyden i forskriften, gjelde tilbud som ikke inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, og som ikke kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes iforhold til

⁸ Se Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, Forsynings- og administrasjons dep., 2006 s. 155 flg.

⁹ Forhold ved leverandøren vil ikke bli behandlet i denne oppgaven.

¹⁰ Del II og III utgjør skillet mellom reglene over og under EØS-terskelverdiene som igjen skiller mellom forskjellige konkurranseformer.

de øvrige tilbudene. Forskriftens ordlyd gir ikke et direkte svar. Praksis fra KOFA støtter imidlertid en slik tolkning, se KOFA sak 2005/49 (se nedenfor). En må imidlertid ta høyde for hva konkurransegrunnlaget gir anvisning på. (Se nedenfor)

2.2 Plikt til å avvise

2.2.1 Vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene

Tilbudet skal avvises dersom det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene jfr. §§ 11-11 første ledd bokstav d og 20-13 første ledd bokstav d¹¹. Vesentlige forbehold kan gi leverandøren en konkurransefordel, og medføre at tilbudene blir vanskelig å sammenligne. Disse bestemmelsene gjelder kun forbehold mot kontraktsvilkårene, mens avvik fra kravspesifikasjonene faller inn under §§ 11-11 første ledd bokstav e, og 20-13 første ledd bokstav e.

Hvilke forbehold som anses som "vesentlige", må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Utgangspunktet er at dersom forbeholdet medfører en risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, er forbeholdet vesentlig og tilbudet må avvises. Dersom leverandøren har tatt flere forbehold som isolert sett ikke anses som vesentlige, kan forbeholdene samlet sett medføre at tilbudet må avvises. Her kan det tenkes problemstillinger i det enkelte tilfelle, spesielt i forhold til taksering av forbehold. Om et forbehold kan prises vil være et relativt spørsmål. Det vil være tale om forskjellige risikomomenter og det vil være vanskelig å konkludere sikkert i det enkelte tilfelle. En må gjøre en konkret vurdering av forbeholdets mulige omfang holdt opp mot de resterende tilbudenens innhold.

Regelen i § 11-11 (1) bokstav f er en naturlig konsekvens av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser, og at det er leverandøren som har risikoen for å utforme tilbudene korrekt. Hvorvidt årsaken til at det oppstår tvil om hvordan tilbudet skal forstås skal karakteriseres som avvik, forbehold, uklarheter mv., har kun teoretisk interesse i gråsonen mellom kategoriene, ettersom kategoriene er sidestilt, og oppregningen uansett ikke er uttømmende. Det kan derfor

¹¹ Henholdsvis over og under terskelverdiene

tenkes andre liknende tilfeller som også medfører avvisningsplikt.

Forbehold mot kontraktsvilkår som omhandler mulige hendelser i kontraktsperioden vil ha en usikkerhet knyttet til seg. Er det tale om vesentlige forbehold, forutsetter forskriften som nevnt at tilbudet skal avvises. Hensynet bak regelen er ikke bare at man vanskelig kan evaluere tilbudet, men også at det kan bryte med likhetsprinsippet å tillate for store sprik i tilbudenes innhold. Videre er det et hovedhensyn bak regelen at vesentlige forbehold kan gi leverandørene en konkurransefordel. Forbudet mot å ta vesentlige forbehold følger også av alminnelige anbudsrettslige prinsipper. Begrepet omfatter alle krav som er satt i konkurransegrunnlaget selv om de ikke er å anse som kontraktsvilkår i snever forstand. I den danske Konkurrencestyrelsens veiledning til EU- direktivene brukes også begrepet “*vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget*.”¹² Dette er et bedre uttrykk for regelens innhold.

Hva som må anses som vesentlige forbehold, kan variere fra anskaffelse til anskaffelse. Det må vurderes konkret i forhold til kravene i konkurransegrunnlaget. Medfører forbeholdet en fare for konkurransevridding, er forbeholdet å anse som vesentlig. Det er flere forhold som har betydning for vurderingen av om forbeholdet er vesentlig. Har leverandøren tatt forbehold mot minstekrav satt i konkurransegrunnlaget, vil slike forbehold alltid anses som vesentlige.¹³ I andre tilfelle må det foretas en vurdering av forbeholdets betydning og hvor vidtrekende det er. Ved denne vurderingen må det blant annet ses hen til hva oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget har gitt uttrykk for er viktige forhold ved anskaffelsen. Den økonomiske virkningen kan også ha betydning for vurderingen av om forbeholdet er vesentlig. Dette gjelder særlig der den økonomiske virkningen av forbeholdet er usikker.

I sak 2003/187 uttalte KOFA: “*Forbehold som vedrører elementer i konkurransegrunnlaget for så vidt gjelder kontraktsvilkårene og som kan ha betydning for prisen, vil ofte måtte regnes som ”vesentlige forbehold” og således ikke være lovlige, jf forskriftens § 8-6 (3)*”¹⁴. Her synes KOFA

¹² Den danske Konkurrencestyrelsens veiledning s. 64.

¹³ Se Dragsten og Lindalen, Offentlige anskaffelser, kommentarutgave bind II, s. 2066

¹⁴ Tilsvarende den nye forskriftens § 11-11 (1) bokstav d.

å legge opp til en usedvanlig streng tolkning av bestemmelsen. Der de økonomiske følgene av forbeholdet er veldig usikre og vanskelige å forutsi, vil avvisning ha gode grunner for seg i et konkurranseperspektiv. Derimot når de økonomiske konsekvensene av et forbehold kan takseres og legges inn i sluttprisen, kan disse vanskelig karakteriseres som vesentlige *bare* fordi de har ”betydning for prisen”. KOFAs formulering i denne saken synes for meg å trekke lengre enn det hensynene bak bestemmelsen tilsier. Der forbeholdene kan prises og andre spesielle forhold ikke tilsier noe annet, bør forbeholdene ikke karakteriseres som vesentlige av den grunn alene at de har innvirkning på sluttprisen.

Også i sak 2003/138 (se nedenfor) legger KOFA seg på en streng linje iforhold til hvor klare konsekvensene må være for at et forbehold mot kontraktsvilkårene skal kunne godtas.¹⁵

Dette må holdes opp imot at dersom enhver usikkerhet knyttet til forbeholdet anses som forhold som vanskeliggjør sammenligning mellom tilbudene, vil dette bety at anskaffelsesmyndigheten i dagens marked nærmest kan regulere seg helt bort fra de oppnådde NS-kompromissene. Dette vil være uheldig for alle parter, og kan med tiden sette bransjen på ”bar bakke” i forhold til det arbeidet som er lagt ned i standardiseringen av kontraktene på området. Ved vurdering av forbehold må en være bevisst på at kravet om vesentlighet er for å begrense den potensielle differansen mellom tilbudene. De andre avvisningsreglene bygger på samme utgangspunkt. Vesentlighetskravet må ikke uten grunnlag i den konkrete anbudsinnbydelse, settes så lavt at ethvert forbehold mot kontraktsgrunnlaget kan utgjøre avvisning av tilbudet. En slik praksis vil bidra til et skjevare forhold mellom kontraktspartene i bransjen.

¹⁵ Av eldre nemdspraksis vedr. håndtering av forbehold, se også KOFA sak 2002/539

2.2.2 Tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes

Forbehold og avvik som ikke nødvendigvis er *vesentlige* kan falle inn under en annen avvisningsbestemmelse jfr. §§ 11-11 første ledd bokstav f og 20-13 første ledd bokstav f. Ved anbudskonkurranser har oppdragsgiver plikt til å avvise tilbud som inneholder forbehold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud, såkalt «*relativ bedømmelsestvil*». Det er tilstrekkelig at forbeholdet, avviket el. *kan* medføre tvil. Det skal dermed i praksis lite til før dette vilkåret er oppfylt. Dette reflekterer at leverandøren i utgangspunktet selv bærer risikoen for å utforme et korrekt tilbud. Hvorvidt et forbehold kan medføre relativ bedømmelsestvil, beror på en objektiv norm. Oppdragsgiver bærer risikoen for at han vurderer spørsmålet om det kan foreligge relativ bedømmelsestvil riktig, det vil si i tråd med en slik objektiv norm.¹⁶

Oppdragsgiver må foreta en objektiv, saklig vurdering av om vilkåret er oppfylt. En kan dermed si at dette utgjør grensen for når en plikter å avvise et tilbud med forbehold. Grensen, etter forskriftens ordlyd, gir etter dette lite konkrete svar. Forbehold vil strengt tatt medføre tvil i de aller fleste tilfeller. Tvil er som regel et kjennetegn ved forbeholdenes natur. En vil derfor, ved tolkningen av det enkelte tilfelle, ofte måtte se til praksis og de bakenforliggende hensyn for å avgjøre om et forbehold medfører tilstrekkelig tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbud.

Plikten til å avvise et tilbud dersom det foreligger forbehold eller lignende som kan medføre relativ bedømmelsestvil, gjelder bare ved anbudskonkurranser og begrensede konkurranser. Ved konkurranser med forhandling gjelder det ikke avvisnings*plikt* i tilfelle der et forbehold kan medføre relativ bedømmelsestvil, men en rett.

(Se kap. 5 for en praktisk anvendelse av avvisningsvilkårene.)

¹⁶ Se Amdal og Roll Matthisen, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, 2. utgave s. 583-584

2.3 Rett til å avvise

Dersom tilbudet inneholder avvik, ufullstendigheter, forbehold, uklarheter eller liknende som ikke må anses ubetydelige, har oppdragsgiver rett til å avvise, jfr. §§ 11-11 annet ledd bokstav a og 20-13 annet ledd bokstav a. Avvisningsretten etter disse bestemmelsene gjelder for anbudskonkurranser.

Det er et vilkår for å benytte avvisningsretten at oppdragsgiver har forsøkt å oppnå avklaring. Formålet er å begrense oppdragsgivers avvisningsrett, ettersom en for vid avvisningsrett vil kunne medføre misbruk, jfr. likebehandlingsprinsippet, god forretningsskikk og forholdsmessighetsprinsippet. Oppdragsgiver må gjøre et reelt forsøk på avklaring, innenfor de grensene forhandlingsforbudet oppstiller. Oppdragsgiver vil ha rett til å avvise tilbudet der det har vært forsøkt avklaringer, og det ut fra en forretningsmessig vurdering ikke lenger er hensiktsmessig å benytte mer ressurser på videre avklaringer. For å medføre avvisningsrett er det et vilkår at forbeholdet ikke anses ubetydelig. Bestemmelsen er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet og hensynet til god forretningsskikk. Det oppstår derfor ikke avvisningsrett for forbehold som vurderes så ubetydelige at de ikke anses å ha noen betydning for tilbudet.

I forarbeidene heter det at avvisning skal skje etter en konkret vurdering, og at «*spørsmålet vil være om et tilbud skal avvises fordi det ikke kan rangeres med tilstrekkelig stor grad av sikkerhet i forhold til de øvrige tilbudene*»¹⁷

Forskriftens reguleringer kan illustreres med noen praktiske eksempler:

En oppdragsgiver har fått inn to tilbud. Tildeling av kontrakten skal skje basert på hvilket tilbud som har lavest pris. Tilbud A har en samlet pris på 200 000 kr, tilbud B har en samlet pris på 250 000. I tilbud A er det tatt et forbehold som ikke lar seg prissette nøyaktig. Oppdragsgiver prissetter forbeholdet til et sted mellom 40-70 000 kr. Ettersom prissettingen av forbeholdet avgjør rangeringen av tilbudene, vil dette medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Tilbud A må derfor avvises.

KOFA sak 2005/49:

Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse vedrørende mottak og håndtering av avfall. I følge konkurransegrunnlaget skulle eventuelle forbehold i tilbudene prissettes av tilbyder. Hvis forbeholdet ikke var prissatt, kunne oppdragsgiver prissette det reelt eller skjønnsmessig. Den valgte leverandøren hadde tatt flere forbehold i sitt tilbud. Spørsmålet var om tilbudet skulle vært avvist fordi det kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Klagenemnda mente forbeholdene ikke var så uklare at det ville være noe i veien for å foreta en beregning av hva de ville bety målt i kroner og øre. Nemnda mente derfor at kommunen *ikke skulle eller kunne avvist leverandøren*. Klagenemnda mente imidlertid at oppdragsgiver ikke hadde foretatt en tilfredsstillende verdivurdering av forbeholdene i tilbudet.

KOFA sak 2003/292:

Under en åpen anbudskonkurranse om drifts- og vedlikeholdstjenester av veinettet, mottok kommunen et tilbud de mente inneholdt en åpenbar feil. Kommunen kontaktet leverandøren per e-post og ba om å få bekreftet at prisen var feil, samt å få opplyst korrekt pris. Kommunen gav uttrykk for at de mente at prisene var meget høye. Leverandøren justerte deretter prisene sine slik at de ble lavere, og vant anbudskonkurransen. Uten priskorreksjon ville tilbudet vært det nest dyreste i pris. Etter priskorreksjonen ble de nest billigst. Klagenemnda kom derfor til at feilen kunne ha medført tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og at tilbudet skulle vært avvist.

2.4 Bruk av tilbudsforbehold etter reglene i EU direktivene ¹⁸

Det finnes ingen eksplisitte regler mot tilbudsforbehold i EU direktivene. En har fallt tilbake på de alminnelige prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet for å vurdere om forbeholdet gjør tilbudet "ikke-sammenlignbart", slik at det skal avvises. Med mindre et forbehold er gitt etter reglene om alternative bud i direktivets art. 24.

Forbehold vedrørende grunnleggende elementer i tilbudet gjør dette vanskelig å sammenligne med de øvrige tilbud, og medfører at det skal avvises. Forbehold vedrørende mindre vesentlige elementer har ikke nødvendigvis denne konsekvens, og kan prissettes og vurderes. Utbyder vil i sistnevnte tilfelle ikke overtre likebehandlingsprinsippet enten om han tar, eller ikke tar, tilbudet i betraktning. Flere elementer kan dog utgjøre et grunnleggende element tilsammen, og dermed utløse plikt til å avvise tilbudet. Kravet til et forbehold er i hovedsak at en må kunne forutse det samlede omfanget av det, både praktisk og økonomisk, for så å kunne prissette det og sammenligne med de andre i konkurransen.

Forbeholds gyldighet må vurderes individuelt, og i forhold til foutsigbarhet og mulighet for taksering. Det mer eller mindre uoversiktelige omfanget av et forbehold, vil i siste instans være avgjørende for om det samlede tilbudet kan tas i betraktning i konkurransen.

Fra EF- domspraksis kan vises til Storebælt C-243/89 - Forbehold kan bare anvendes under full overholdelse av prinsippet om likebehandling. Budene skal være i overensstemmelse med utbudsbetingelsene. Forbehold kan ikke fravike "*de grunnleggende utbudsbetingelserne*»

18 Se Nielsen, Ruth: *Udbud af offentlige kontrakter*. København, 2. utg 2002. s. 255-256.

3. Standardens rettslige posisjon ved offentlige anskaffelser

3.1 Forskrift om offentlige anskaffelser - bruk av kontraktsstandarder

Forskriftens § 3-11 (1) regulerer idag forholdet: «*Der det finnes fremforhandlede og balanserte standardkontrakter, skal disse som hovedregel brukes ved inngåelse av kontrakter.*» Regelens ordlyd oppstiller en klar hovedregel om å bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, der slike finnes.

I forhold til rettsvirkninger knyttet til forbehold er dette et sentralt tema. Nettopp på grunn av at forbeholdene til kontraktsgrunnlaget i dagens praksis, i stor grad går ut på at standarden uten avvik skal legges til grunn. Tolkningen av § 3-11(1) får dermed indirekte virkning på spørsmålet om rettsvirkningene av forbehold.

Av «Tronslinutvalget»¹⁹ kommer det at «Regelverk for statens anskaffelsesvirksomhet m.v» (heretter REFSA) tidligere viste til to standarder i bygge- og anleggsforskriften, henholdsvis NS 3400; Regler for anbudskonkurranse for bygg og anlegg, og NS 3430; Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (tilsvarende dagens 8405). NS 3400 gav regler for prosedyren ved anbudskonkurranser, dvs. forholdet mellom oppdragsgiveren og tilbyderene frem til kontrakten er sluttet. NS 3400, som kan karakteriseres som en kontraheringsstandard, dekket følgelig delvis de samme forhold som idag dekkes av anskaffelsesregelverkets anbuksregler. Henvisningen til NS 3400 ble fjernet fra det statelige anskaffelsesregelverket ved innføringen av den felles forskriften for alle anskaffelser med regler som dekket hele anskaffelsesprosessen. Intensjonen var at innholdet av NS 3400 delvis skulle kodifiseres i det nye regelverket.

NS 3430 representerte kontraktsbestemmelsene, dvs. bestemmelsene som regulerer forholdet mellom byggherre og entreprenør etter at entreprenør er valgt, og bindende avtale er kommet

19 NOU 1997:21 kapittel 19.2

istand.²⁰ Når det gjelder NS 3430 og kontraktsstandarter generelt, bemerker departementet i forarbeidene at situasjonen var en noe annen enn ved NS 3400. NS 3430 inneholder kontraktsbestemmelser. Det området NS 3430 dekker er ikke lov- eller forskriftsregulert. Det foreligger derfor et regelbehov, som det vil være opp til partene å dekke innenfor rammene for nasjonal lovgivning. Da regelverket for offentlige anskaffelser er ment å gi regler for prosessen frem til kontrakt inngås, vil hensynet til et enkelt og enhetlig regelverk ikke tale mot en anvendelse av NS 3430. Men det ble ved utformingen av et nytt statelig regelverk ansett som lite aktuelt å innta flere bestemmelser om kontraktsvilkår, da formålet i utgangspunktet var å regulere prosedyrene forut for kontraktsinngåelse. En fant det dermed ikke riktig å vedta en absolutt forpliktelse til benytte de fremforhandlede standardvilkårene.

Tidligere var instruksene at staten skulle kontrahere på de standardvilkår som Norges Byggstandardiseringsråd (NBR, nå: Standard Norge) hadde utarbeidet for henholdsvis anbudskonkurranser (NS 3400) og generalentreprise (NS 3430). En slik føring for kontrahering for staten har siden 1978 vært uttrykt i REFSA som henholdsvis § 10 (NS 3400) og § 25 (NS 3430), men er også kommet til uttrykk i forordet til dagens NS 8405: *"Standarden gir uttrykk for hva de ovennevnte organisasjoner og instutisjoner er blitt enige om som alminnelige kontraktsbestemmelser for utførelse av større bygg- og anleggsarbeider. Det er de ovennemte oranisasjoners forutsetning at standarden anvendes uten andre endringer eller avvik enn de som standarden selv åpner for, bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt."*

REFSA-forskriften for statlige bygg- og anleggsarbeider § 25 satte meget snevre grenser for avvik.²¹ Dette ble gjort i form av instruks om at dagjeldende NS 3430 skulle gjelde uavkortet med bare to konkrete og sakelig velgrunnede unntak (sikkerhetsstillelse og voldgift). EØS-forskriften om bygg- og anleggsarbeider fra 1992 handlet bare om gjennomføring av Norges EØS-forpliktelser og berørte derfor ikke spørsmålet om valg av kontraktsvilkår. I perioden fra

20 Se Ot. prp. Nr 71 (1997-1998) kap. 10.2.1

21 Se NOU 1975:9 s. 73-75

1993 til 2001 gjaldt statsforskriften med dens pålegg om bruk av NS 3430 utfyllende og supplerende til EØS-reglene. Kommunene ble i den såkalte "Normalinstruksen" i denne perioden anbefalt å bruke statsreglene, selv om praksis nok varierte en del fra kommune til kommune. Men også kommunene v/Kommunenes Sentralforbund deltok i forhandlingene om NBR-standardene og hadde ved tilslutning til NS 3430 dermed akseptert at standarden ikke skulle endres med mindre det gjaldt spesielle forhold ved det enkelte prosjekt. Dette gjelder også idag for NS 8405.

Lovkomitéen som forberedte 1999-reformen²² mente at man ikke burde pålegge bruk av noen bestemte kontraktstandarder: "...fordi den enkelte innkjøper selv må være den nærmeste til å vurdere hvilken standard som er hensiktsmessig." Det ble mellom annet vist til at det kan være uheldig å vise til en privat standard som staten ikke har formell kompetanse til å endre. «Det må også antas at statelige oppdragsgivere uansett vil vise til standarden dersom den er hensiktsmessig.»... «Utvalget vil imidlertid sterkt anbefale at statelige oppdragsgivere er seg bevisst bruken av standarder, og det anbefales derfor at statelige innkjøpere fortsatt bruker anerkjente og innarbeidede standarder der slike finnes, og de er hensiktsmessige.

Dette standpunkt ble justert i departementets proposisjon:²³ «Departementet vil bemerke at det, på lik linje med utvalget og høringsinstansene, mener det er viktig at staten bruker balanserte standarder der slike finnes og de er hensiktsmessige. Det synes også å være bred enighet om at en henvisning til NS 3430 alene ikke er hensiktsmessig. Departementet slutter deg til dette. Spørsmålet er følgende om bestemmelsen skal utformes som en henvisning til bestemte standarder eller som en generelt formet bestemmelse.»

"Departementet vil innledningsvis gi klart uttrykk for at det selvfølgelig ikke ønsker en utvikling hvor statlige oppdragsgivere benytter «ensidige» vilkår i den forstand at risiko og byrder fordeles på en lite rimelig måte mellom partene. Heller ikke ønsker departementet et «kontraktsanarki.» Dette vil hverken leverandørene eller staten som oppdragsgiver være tjent med.»

22 Se NOU 1997:21 kap. 19.3.2

23 Se Ot.prp. nr. 71 (1997-98) kap. 10.2.3 s. 44

Når det gjelder bruk av standarder og omforente regler, bemerker departementet at det anerkjenner betydningen av at partene kan forholde seg til kjente og balanserte regler i kontraktssituasjonen. Dette letter samarbeidet partene i mellom, man unngår tvil og misforståelser, og man unngår å bruke tid og ressurser på å sette seg inn i og utforme kontraktsbestemmelser i det enkelte tilfelle. At man opererer med kjente vilkår kan på sikt føre til stabilitet og lavere priser. *«Departementet har ikke grunnlag for å tro at statlige oppdragsgivere ikke selv ser fordelene av en slik opptreden.»*

Videre viser departementet til at oppdragsgiveren ikke bør låses til standarder på en slik måte at han *«forhindres fra å opptre på en profesjonell, forretningsmessig og hensiktsmessig måte i markedet.»* Det blir pekt på at en anvendelse av uhensiktsmessige kontraktsbestemmelser på lik linje med ukjente og ensidige bestemmelser kan virke prisdrivende og kan vanskeliggjøre det samarbeid som er nødvendig partene i mellom.

På denne bakgrunn går departementet inn for en generelt formet bestemmelse. Departementet tar imidlertid sikte på en strammere utforming av bestemmelsen enn hva Tronslinutvalget har foreslått. *«Det bør etter departementets mening tydelig fremgå av bestemmelsen at statlige oppdragsgivere som den klare hovedregel har en plikt til å anvende balanserte standarder og vilkår.»*

Argumentene for konsekvent bruk av kontraktstandarter holdes i forarbeidene opp mot bakdelene. Departementet gjør et bevisst valg i forhold til rettstilstanden på området. Det blir ikke ansett som nødvendig med en form for preseptorisk lovgivning i forhold til vern av bl.a. entreprenører. Hensynene bak et «preseptorisk vern» gjør seg etter departementets syn ikke gjeldende i like sterk grad som f. eks. ved bustadoppføringsloven, der dette er funnet nødvendig. Hensynet som i størst grad tilsier en deklarasorisk løsning, er hensynet til avtalefriheten. En innskrenkning i avtalefriheten på dette området vil måtte begrunnes med partenes skjeve styrkeforhold i bransjen. Departementet anser med andre ord ikke de offentlige byggherrer for å være en urimelig mektig kontraktspart for entreprenørene. Friheten for kontraktspartene veies tungt, og det forutsettes at markedskreftene vil lede offentlige oppdragsgivere til de mest

hensiktsmessige løsningene. Også muligheten for innovative kontraktsløsninger vektlegges i valget av reguleringsform.

Med en generelt formet bestemmelse har lovgiver til en viss grad fristilt den statlige og kommunale oppdragsgiver. Dette forsterkes når kontrakten tildeles ved anbudskonkurranse der kontraktsvilkårene vanskelig kan fravikes med forbehold. Kontraktsvilkårene vil da kunne bli fastsatt individuelt av anbudsinnbyderen i det enkelte kontraktsgrunnlag. Det er derfor viktig at vilkårene har utbredelse og aksept i bransjen og ikke reflekterer den ene parts forhandlingsposisjon og taktiske styrke i markedet. NS standarden er for praktiske formål den alminnelige norske entrepriserettslige norm for regulering av risiko, funksjoner, ansvar og kontraktsprosedyrer ved utførende generalentrepriseoppdrag. Standarden er i kraft av et fremforhandlet kompromiss, konfliktløsende mellom partene.- Når de store aktørene holder seg til det felles reglementet, vil også de øvrige kunne stole på at de arbeider på trygg grunn i forhold til hverandre. Tatt i betraktning den vanskelige tilgangen på rettskilder på dette feltet, må en være bevisst på reguleringer som berører premissene for rettstilstanden; bruken av standarden.

Endringer som blir gjort ut fra den "normalbalanse" som NS 8405 står for vil være vanskelige å kategorisere. Hva som gir et rimelig grunnlag for å vurdere hva slike endringer består i, og hvorvidt det virkelig er tale om endringer som tilsies av "spesielle forhold ved det enkelte prosjekt", er et tolkningsspørsmål. De fordeler en kan oppnå ut fra sin forhandlingsstyrke kan vanskelig anses som "spesielle forhold" ved oppdraget. Henvisningen til "spesielle forhold ved det enkelte prosjekt" var ikke ment som en generell åpning for å utnytte forhandlingsstyrke ved bortsetting av offentlige entrepriser. Meningen var å åpne for tilpasning til faktiske og tekniske særegenheter ved oppdraget.

Når man i konkrete tilfeller har anledning til å fravike de balanserte løsninger som NS-komitébehandlingen har ledet frem til i form av fremforhandlede standardvilkår, undergraves den kompromissrettede enhetstanke som ligger til grunn for regelverket. Dersom offentlige byggherrer i for stor grad fristilles i forhold til fremforhandlede vilkår for oppdragets utførelse,

vil verken staten eller kommunene ha den samme interesse eller motivasjon i å delta for å oppnå en balansert løsning i Standard Norge-systemet. Da vil konseptet for ikke-lovregulert entrepriseoppdrag ved bruk av fremforhandlede vilkår mellom entreprenør- og byggherresiden, undergraves.

Helge Jakob Kolrud (formann i komitèen for NS 8405) uttaler i sin kommentarutgave til NS 8405 s. 39. følgende om bruken av standardkontrakten: *"Det kan her være på sin plass å minne om at offentlige byggherrer etter regelverket for offentlige anskaffelser må anses tilnærmet forpliktet til å benytte "balanserte standardkontrakter". Det vil innebære et kritikkverdig avvik dersom de offentlige byggherrer, etter å ha deltatt i forhandlingene om et "agreed document" som NS 8405, skulle fortsette en praksis med omfattende avvik som ikke er forankret i de offentlige byggherrens særlige forhold som f.eks. at Staten er selvassurandør". Dette kan i det minste illustrerer hvordan de som har utformet standarden tenkte seg at kontrakten skulle fungere.*

KOFA kom i sak 2003/138 til at bestemmelsen i § 3-11 (1) ikke inneholder noen plikt til å benytte kontraktsstandarder eller forbud mot å gjøre unntak fra standardkontraktene.

Bestemmelsen er rettet mot oppdragsgiver og må etter dette tolkes som en ordensbestemmelse som forutsetter at oppdragsgiver som hovedregel holder seg til standarden i den grad anskaffelsen ikke tilsier avvik.

I mangel av annen relevant praksis, anses avgjørelsen i KOFA sett sammen med departementets klare uttalelser i forarbeidene for relativt tungtveiende rettskilder på dette området. En må ut fra dette gå ut fra at den generelt formede ordlyden i § 3-11 (1) må tolkes som en ordensbestemmelse. Det vil vanskelig kunne konstateres at bestemmelser av denne art brytes og noen sanksjonering vil etter dagens praksis ikke være aktuelt. Kontraktspartene må dermed, som i alminnelig anbudspraksispraksis, forholde seg til hverandres markedsmakt ved antagelsen av kontraktsgrunnlaget. Ser man dette i sammenheng med tilbyders adgang til å ta forbehold mot en offentlig oppdragsgivers konkurransegrunnlag, møter leverandørene til det offentlige idag en utfordring med hensyn til å inngå kontrakter som ikke forskyver risikoen i forhold til det standarden tilsier. Omfanget av de rettslige virkningene av å ta forbehold mot kontraktsgrunnlaget kan med dette være videre enn det de kan virke som ved første øyekast.

Dette på grunn av at utgangspunktet til forhandlingene; konkurransegrunnlaget, etter dette ikke plikter å anvende standardens fremforhandlede løsninger.

3.2 Reversering av endring av forskriften i kongelig resolusjon, Fornyings og administrasjonsdepartementet.

Forskriften om offentlige anskaffelser ble nylig endret ved at det nye tillegget til § 3-11(1) siste pkt. ble fjernet før forskriften trådte i kraft. Tilleggets innhold var at ingen urimelig risiko skulle overføres til leverandøren for forhold og hendelser som han ikke har noen kontroll over, der kostnads- og tidskonsekvensen ikke kan estimeres på forhånd.

Adgangen til å fravike kontraktsstandarden hadde med andre ord blitt innsnevret med det nye tillegget. Reverseringen kom ifølge departementet etter reaksjoner fra offentlige innkjøpere.

Forskriftens vedtatte ordlyd i § 3-11 (1) var følgende:

"Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder skal disse brukes, med mindre konkrete forhold begrunner avvik fra standarden. Uansett skal ingen urimelig risiko overføres til leverandøren for forhold og hendelser som han ikke har noen kontroll over og der kostnads- og tidskonsekvensen ikke kan estimeres på forhånd"

Denne bestemmelsens ordlyd ble reversert tilbake til det opprinnelige:

"Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder skal disse som hovedregel brukes ved inngåelse av kontrakter."

Bestemmelsen karakteriseres etter dette med andre ord som en «hovedregel»

3.2.1 Fornyings og administrasjonsdepartementet 18.10.2006 - kongeleg resolusjon.

I utkast til nytt regelverk som ble sendt på høring i 2005 ble det ikke foreslått endringer i regelen om bruk av kontraktsstandarder, men det kom merknader bl.a. fra Næringslivets

Hovedorganisasjon (NHO) og byggebransjen der det ble bedt om at regelen ble endret.

Departementet uttalte etter dette:

«På bakgrunn av innspela vart regelen endra, slik at åtgangen til å fråvike kontraktsstandarda

vart snevra inn. Regelen føreset no at ingen urimeleg risiko skal førast over til leverandøren for forhold som han ikkje har kontroll over og der kostnaden ikkje kan estimerast på forhand.»

Etter at forskriften ble vedtatt i april, kom det reaksjoner fra enkelte offentlige innkjøperer på denne utformingen. Det ble fremholdt at endringen var et inngrep i avtalefriheten, og vist til at formålet med reglene ikke er å regulere hvilke avtalevilkår som skal legges til grunn. Det ble også vist til at innholdet i regelen både var uklar med hensyn til innhold og konsekvenser, og at styrkeforholdet ved avtaleinngåelser kunne variere, blant annet ved at større leverandører lettere kan ta på seg risiko enn mindre leverandører. Departementets respons på dette var følgende:

«Departementet ser i ettertid at spørsmålet om endring av denne regelen burde vore utreda grundigare før regelen eventuelt vart endra. Dette til tross for den omfattende behandling problemstillingen har fått gjennom bl.a gjennom NOU 1997:21 og Ot. prp. Nr. 1 (1997-1998). Departementet gjør med dette en tverrvending i spørsmålet om bruk av kontraktsstandarder. Dette begrunnes bl.a. med at «Innspela syner at det er fleire uklare sider ved regelen som kan føre til utryggleik og diskusjonar mellom innkjøparar og leverandørar.»

Bestemmelsen det var tale om å endre gjelder spørsmålet om statelige oppdragsgivere skulle pålegges en mer konsekvent bruk av de fremforhandlede standardvilkårene, eller om bestemmelsen i § 3-11 skulle stå som en mer uforpliktende ordensbestemmelse for partene i bransjen. Det kan etter mitt syn vanskelig ses at en konsekvent bruk av disse skulle føre til mer diskusjoner og utrygghet mellom partene - slik departemente begrunner sitt standpunkt med. Det som kan sies er at det i forarbeidene reises flere argumenter for ikke å gjøre seg for sterkt forpliktet til standardens løsninger. Mellom annet fremheves partenes samarbeidforhold og en eventuell prisdrivende effekt.

Når det gjelder det konkrete tillegget om at ingen urimelig risiko skal føres over til leverandøren for forhold som han ikke har kontroll over og der kostnaden ikke kan estimeres på forhånd, kan dette vanskelig arumenteres mot med at det vil føre til «utryggleik og diskusjonar». Forarbeidene viser også til at balanserte regler i kontraktssituasjonen bidrar til å lette samarbeidet mellom partene.

Videre uttaler departementet (i den kgl. res.) at det «er òg tvilande til om det er føremålsteneleg å

regulere innhaldet i avtalen mellom innkjøparar og leverandørar utover det som går fram av gjeldande forskrift.» . Dette samsvarer med tilbakeholdenheten som fremkommer i Ot.prp.²⁴ mot å regulere kontraktsvilkårene i regelverket for offentlige anskaffelser, da dette er ment å gi regler for prosessen frem til kontrakt inngås.

Det blir her gjort et bevisst valg av departementet. En ønsker ikke å legge bånd på avtalefriheten på dette området. Dette er en legitim instilling for lovgiver på området. Det som med dette skaper en brist i helheten av regelverket, er at forskriften pr. idag pålegger leverandørene en omfattende begrensning i å kunne ta forbehold mot avvik fra standardens løsninger. Resultatet blir nødvendigvis etter dette at det åpnes for at store offentlige innkjøpere (som protesterte mot den tidligere endringen) kan bruke sin tunge markedsposisjon til å gjøre avvik fra de fremforhandlede standardkontraktene. Leverandørene kan ikke uten vesentlig risiko for avvisning, ta forbehold mot avvikene i konkurransegrunnlaget. En ender dermed opp med å skape en skjevhet i styrkeforholdet mellom partene. På samme tid vil autoriteten til forhandlingsgrunnlaget mellom partene bli svekket.

Departementet snudde tydeligvis raskt angående endringen, og det kan av den videre uttalelsen i den kongelige resolusjonen se ut som om en ønsker å legge debatten rundt temaet død; *"Endringa i forskrift til offentlighetsloven er meint å vidareføre dagens rettslege situasjon, og det har derfor ikkje vore naudsynt å sende forslaget på høyring."* Den tidligere nevnte uklarhet rundt reguleringen blir med dette ikke videre utredet. Det kan virke underlig at det ved reverseringen av bestemmelsen ikke ble ansett nødvendig med en ny høring vedrørende dette spørsmålet, særlig da konsekvensene av bestemmelsen også for departementet virker å være usikre og uoversiktelige. En ny høring kunne gitt partene i bransjen en mulighet til å synliggjøre de aktuelle konsekvensene av å marginalisere betydningen av partenes forhandlingsresultat.

24 Ot. prp. Nr 71 (1997-1998) kap 10.2.3

4. Håndtering av forbehold

Balansen mellom markedsaktørene kommer på spissen ved praktiseringen av reglene om tilbud med forbehold innrettet på kontraktsbetingelsene.

Når forbehold tas, er det ofte tale om forbehold om bruk av ”urettet” NS 8405 i situasjoner der f. eks. en offentlige byggherre har fraveket kontraktsvilkårene i egen favør. Det kan være tale om mer eller mindre betydelige endringer, f eks slike som at en utførende entreprenør skal påta seg prosjekteringsansvar og risiko utover det som er forutsatt i NS 8405, forbehold om prisstigning etter NS 3405, eller at totalentreprenøren skal overta risiko for byggherrens mangelfulle grunnundersøkelser og opplysninger om grunnforholdene - forhold som etter standarden ved slike oppdrag skal være en byggherrerisiko jfr. NS 3431 pkt 8.

4.1 Taksering av forbehold

Et avgjørende moment i drøftelsen om håndtering av forbehold både etter den nye forskriften og eldre praksis, er taksering. Dersom et forbehold med rimelig nøyaktighet kan prises også for fremtiden, vil de bærende argumenter for å avvise det aktuelle tilbudet med forbeholdet, falle. Grunnlaget for avvisning er de uoverskuelige kostnadene som forbeholdet eventuelt medfører. Det er usikkerheten omkring disse som gjør at tilbudet ikke kan sammenlignes med de øvrige. Dersom kostnadene derimot kan estimeres på en forsvarlig måte og med rimelig sikkerhet, vil de ikke utgjøre et større risikomoment enn alle de sedvanlige estimerer over materialbruk osv. som nødvendigvis må gjøres ved inngåelse av en byggekontrakt. Løsninger på dette er blant annet funnet i praksis.

“Mot-forbehold” i NS-anliggende kan håndteres på den måten at man først foretar et skjønn over hva forbeholdet ”i verste fall” kan bety, målt i kroner, og deretter estimerer skjønnsmessig hvilken sannsynlighet det er i prosent for at det forhold forbeholdet berører kan bli aktuelt. Ved dette gjennomføres en kostnadsberegning av forbeholdet, og er en slik beregning noenlunde realistisk, burde dette være en løsning som kan være til hinder for avvisningsrett og -plikt etter

gjeldende forskrift. En slik løsning vil f. eks. kunne gjøre det mulig for anskaffelsesmyndigheten å legitimt beholde en entreprenør som ut fra andre forhold anses som den økonomisk foretrukne. Tolkes avvisningsreglene strengere, tvinger ”skal”-regelen i forskriften anskaffelsesmyndigheten til å avvise den av entreprenørene som reelt kommer best ut etter forskriftens regler.

Løsningsforslaget kan illustreres med et eksempel:

I verste fall kan kostnaden bli 10 mill. kroner. Det utregnes en kalkyle som sier at det er to prosents sjanse for at denne hendelsen vil inntreffe. 2 % av 10 mill. er 200 000 kroner.

Forbeholdet ville etter dette kunne takseres til en fast pris.²⁵

Denne løsning har også vært lagt til grunn i eldre uttalelser fra Byggebransjens Faglig Juridiske Råd, se særlig sak 530 (2001), sitat:

*”Ved anbudskonkurranse er det vanlig at anbudsinnbyder foretar en anbudskontroll, dvs kontrollregner postene samt påser at anbudet også formelt er tilfredsstillende.”... “Ved motstrid må anbudsinnbyder enten søke å avklare hva et eventuelt avvikende anbud, dvs et anbud med gunstigere vilkår for anbyder enn forutsatt i anbudsgrunnlaget, vil beløpe seg til i kroner og øre. Dette er nødvendig for å få i stand en forsvarlig prissammenligning der flere anbud konkurrerer om oppdraget og man skal velge det økonomisk sett gunstigste. Kan anbudets forbehold ikke ”prises”, vil det som regel være tale om et så vidt uklart anbud at det skal avvises fordi det ikke inneholder alle de opplysninger som er nødvendige for byggherrens bedømmelse av anbudet (avvisningshjemmel i ”Anbudsbestemmelser” pkt 4.3. d), sml NS 3400 pkt 12.4.). I dette ligger imidlertid også at anbudsinnbyder ikke kan avvise anbud bare med henvisning til at det ikke er overensstemmelse med anbudsgrunnlaget. Kan forbeholdet prises, har anbudsinnbyderen **plikt** til det for å oppnå reell konkurranse mellom anbyderne innbyrdes.”*

Det skjønnselement som løsningen innebærer, går ikke nødvendigvis ut over annet skjønn som må foretas når anskaffelsesmyndigheten på andre punkter skal evaluere tilbudene, men avgjørelsen er fra 2001. På den annen side uttalte KOFA i sak 2003/138 følgende om problemstillingen:

25 Denne løsning er også omtalt i L. Simonsen, Prekontraktuell ansvar (1997) s. 612

*”Forskriftens § 8-10(1) bokstav d) fastslår at oppdragsgivere plikter å avvise tilbud som inneholder forbehold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er på det rene at bestemmelsen både retter seg mot forbehold mot kontraktsvilkårene og mot andre avvik fra konkurransegrunnlaget. **De omtalte forbeholdene er i seg selv presise og entydige, men konsekvensene av forbeholdene fremstår som uklare, jf ovenfor. Basert på de fremlagte opplysninger finner ikke klagenemnda at det er grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering om at forbeholdene skaper tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og at innklagede hadde hjemmel i § 8-10(1) bokstav d) for å avvise klagers tilbud.**”*

Samlet sett er rettsstillingen etter praksis på området noe uklar, men KOFA's tolkning av reglementet er etter min mening for streng i dette tilfelle. Når innholdet av et forbehold er klart og entydig, må også konsekvensene av dette kunne estimeres i forhold til de øvrige tilbudene. Årsaken til at KOFA ved denne anledning har lagt seg på en meget streng linje vedr. denne problemstillingen kan være flere. Men som andre nemder settes den med forskjellige medlemmer og gruppens syn er ikke nødvendigvis alltid helt homogent.

Det vil etter min vurdering være hensiktsmessig i størst mulig grad å takserer de forbehold som blir tatt mot kontraktsgrunnlaget. Spesielt av hensyn til balansen mellom partenes markedsmakt. Et mulig kompromiss til den tidligere skisserte løsning kunne være at den tilbyder som tok forbeholdet, selv *måtte* takserer det. Tilbyder er kan hende den som står nærmest til å kunne si hva forbeholdet ville komme til å koste. Dette ville kan hende løst takseringsproblematikken, men også en slik løsning ville lagt langt mer risiko over på tilbyder enn det den fremforhandlede standard og praksis tilsier. Hovedsakelig på grunn av at tilbyderne da, seg imellom, må konkurrere om å sette lavest mulig pris på de mest kritiske og risikable delene av kontraktene. Den dagen det aktuelle momemt slår til, risikerer en å ha priset det så lavt at det ikke dekker kostnadene. Tilbydere vil dermed sitte med den alt overskyggende største delen av risikoen for den estimerte kontraktssummen i tilbudet.

Taksering er et sentralt praktisk tema innen problemstillingen rundt håndtering av forbehold.

Den rådende holdning i praksis pr. idag synes å være at forbehold skal prises, men dette kan ikke

utledes av forskriftens ordlyd. Det kan tilsynelatende virke merkverdig at lovgiver ikke har sett det som nødvendig å formelt forskriftsfeste «adgangen» til taksering av forbehold. Ved utarbeidelsen av den nye forskriften har en ikke sett det som hensiktsmessig å ta mulighetene ved dette «verktøyet» i bruk. Argumentet bak denne avgjørelsen er med stor sannsynlighet at det ved oppdragsgivers egen taksering vil være vanskelig å kontrollere og sanksjonere brudd på likebehandlingsprinsippet.

4.2 Oppdragsgivers "bortregulering" av forbehold i konkurransegrunnlaget

Etter å ha kartlagt adgangen for tilbyder til å ta forbehold etter forskriften, melder det seg et praktisk viktig tema; oppdragsgivers rettslige stilling i forhold til tilbyders forbehold mot konkurransegrunnlaget. Det er oppdragsgiver som utformer konkurransegrunnlaget og ved det angir hvilken ytelse (og kontraktsvilkår) han ønsker. Det blir dermed sentralt hvilke føringer oppdragsgiver forholder seg til under utformingen av konkurransegrunnlaget.

En offentlig byggherre varsler f. eks. at tilbud med konkrete forbehold ikke vil bli godtatt og at prisjustering etter standarden utgår. Kan byggherre med dette ensidig sette betingelsene, og må de i tilfelle følges uten forbehold? Spørsmålet blir etter dette; innen hvilke rammer kan oppdragsgiver gjennom konkurransegrunnlaget regulere hvordan forbehold skal håndteres?

Oppdragsgiver skal i utgangspunktet holde seg til standarden i den grad anskaffelsen ikke tilsier avvik jfr. forskriftens § 3-11(1). I og med at bestemmelsen tolkes som en ordensbestemmelse, (se egen drøftelse) er det ikke forbud mot å gjøre unntak fra standarden. Både byggherre og entreprenør har etter dagens praksis anledning til å søke å unngå risiko standarden i utgangspunktet pålegger dem. Det forutsettes at markedet regulerer balansen mellom aktørene. Mulighetene for å ta forbehold skal også ifølge forskriftens § 8-1 bokstav c, tilstrekkelig beskrives i konkurransegrunnlaget. Byggherren kan dermed, i utgangspunktet, ha vide rammer for hvilke vilkår han *kan* sette opp for konkurransen.

4.2.1 Oppdragsgivers unntak fra standardene fører til forbehold fra leverandørene som igjen kan lede til avvisning fra konkurransen.

Oppdragsgiver vil i mange tilfelle forsøke å regulere bort de, i markedet, antatt viktigste forbehold fra tilbudsgiver. En byggherre kan f. eks. ta inn i anbudsmaterialet at dagmulkt skal komme i tillegg til erstatning for videre tap²⁶

En byggherre vil i et slikt tilfelle, i første omgang, forsøke å komme entreprenøren i forkjøpet. Dersom entreprenøren i sitt tilbud tar forbehold om slik løsning som standarden angir, risikerer han å komme i den situasjon at hans forbehold blir vurdert som vanskelig å prise, og dermed ikke sammenlignbart med de øvrige tilbud. Det kan uansett utgjøre et forbehold som enten kan, eller skal avvises. Konsekvensen av dette kan bli at de entreprenørene som tar sjansen på å ta forbehold i tilbudet, blir avvist. De øvrige entreprenørene i konkurransen har ikke tatt de aktuelle forbehold og oppdragsgiver har dermed oppnådd det han ville. Men denne fremgangsmåten kan gi en kortsiktig gevinst for byggherren. Ved avvisningen har ikke byggherren bare bortregulert forbeholdene, han risikere med dette også å være pliktig til å avvise konkurransedyktige anbud. De entreprenører som ikke tar forbehold mot kontraktsvilkårene, må nødvendigvis på annen måte ”prise inn” risikoen for de mulige omstendighetene i tilbudet. Dermed kan sluttprisen på de gjenværende tilbudene sprike, alt etter hvordan den enkelte entreprenør vurderer risikoen. Ukritisk bortregulering av forbehold i konkurransegrunnlaget kan dermed bli en delt glede for en byggherren.

Konklusjonen blir dermed at dersom oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget avviker en fremforhandlet og balansert kontraktsstandard og overfører urimelig risiko til de potensielle leverandørene for forhold og hendelser som leverandørene ikke har noen kontroll over og der kostnads- og tidskonsekvensen ikke kan estimeres på forhånd, vil dette kunne medføre at leverandører enten ikke deltar i konkurransen eller tar forbehold mot slike kontraktsvilkår. Når kostnads- og tidskonsekvensen av forholdet som kontraktsvilkåret gjelder, ikke kan estimeres på forhånd, fører dette til at leverandører som tar et slikt forbehold må avvises. Konkurransen vil da

26 Avvik fra NS 8405 pkt. 34.3.

kunne bli begrenset. Dette tilsier at oppdragsgiver bør være bevisst på markedssituasjonen ved bruk av slike kontraktsvilkår. Maksimal overføring av risiko til leverandøren kan isolert sett være forlokkende, men kan være en uheldig innkjøpsstrategi og vil kunne motvirke prinsippene nedfelt i lovens §§ 1 og 5 om effektiv ressursbruk basert på forretningsmessighet, likebehandling og forutberegnlighet.

Før oppdragsgiver gjør unntak, bør oppdragsgiver foreta en vurdering av den enkelte anskaffelse for å undersøke om det er konkrete forhold som begrunner unntak fra standarden.

Dette illustrerer at de rettslige rammene for å bortregulere forbehold isolert sett er vide, men at markedsbalanse og etterspørsel i utgangspunktet vil kunne begrense følgene av en omfattende praksis.

4.3 Varsling i konkurransegrunnlaget om hvordan forbehold vil bli vurdert

Oppdragsgiver vil gjennom anbudsgrunnlaget legge føringene for hvordan den konkrete kontrakt utformes. En vil definere kontraktsgjenstanden og en må der angi tildelingskriterium for hvordan tilbudene vil bli vektet mot hverandre - dette for å kunne overholde prinsippet om likebehandling i konkurransen. I praksis angir en også hvordan forbehold vil bli vurdert. Det vil typisk være intatt angivelser om hvordan (uprisede) forbehold vil bli behandlet, eventuelt at konkrete forbehold ikke vil bli godtatt og dermed føre til avvisning av tilbyderen. Dette er en praksis som isolert sett, motarbeider standardens ”konsesusløsninger”. Det er som kjent ikke dermed sagt at denne praksis ikke er tillatt. Tilbyderene vil konkurrerer på samme vilkår i et åpent marked hvor tilbud og etterspørsel vil regulere aktørenes markedsmakt og gjennom dette påvirke kontraktsbetingelsene.

4.3.1 Forbehold som tildelingskriterium

Det har vært diskutert om ”forbehold” kan anvendes som en generell kategori og tildelingskriterium i anbudsgrunnlaget, og dermed angi hvor mye forbehold mot

kontraktsgrunnlaget vil vekte i vurderingen av tilbudene. I KOFA sak 2005/171 ble problemstillingen behandlet. Klagenemnda startet med å konstatere at *«I sak 2003/59 ble det fastslått at "Forbehold kan begrunne en avvisning av tilbudet, men som tildelingskriterium finner klagenemnda at kriteriet ikke har den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden.»*

KOFA fortsetter (i sak 2005/171) med at slik klagenemnda oppfatter bruken av "forbehold til kontrakt" i denne saken, kan dette aksepteres som et tildelingskriterium. *«Det fremgår klart av beskrivelsen under overskriften "Forbehold til kontrakt" at det innklagede i realiteten hadde tenkt å vurdere her var tilbydernes forbehold som hadde en "økonomisk og/ eller risikomessig konsekvens for Kontraktsforvalter." Innsendt dokumentasjon viser også at det er dette innklagede faktisk har vurdert. Overskriften "forbehold", som et tildelingskriterium fremstår etter klagenemndas oppfatning som terminologisk uheldig. Det kan imidlertid ikke være tvil om at oppdragsgiver i dette tilfellet har rett til å evaluere de forhold som faktisk er listet opp under overskriften, som del av tilbudets kvalitative egenskaper..»* Forbehold til anskaffelsesmyndighetens kontraktsvilkår kan tas uten at dette behøver omtales i konkurransegrunnlaget. Hvis slike forbehold lar seg takseres som pristillegg, kan dette også gjøres under anbudsevalueringen uten særlig hjemmel. Bruken av "forbehold" som et tildelingskriterium fremstår som klargjørende for hvordan forbehold som ikke er forhandlet bort, vil bli vurdert og håndtert ved den endelige tilbudsevaluering. Klagenemdsmedlemmet Krùger uttaler videre: *"Det kan ikke være tvil om at oppdragsgiver i dette tilfellet har rett til å evaluere de forhold som faktisk er listet opp under overskriften som del av tilbudets kvalitative egenskaper og på den måten som er varslet, og for forbeholdenes vedkommende med et angitt vektingstall (5 %) i forhold til de øvrige tildelingskriterier. Dette utgjør ikke brudd på regelverket."*

Etter denne tolkning kan "forbehold" som kategori anvendes som et selvstendig tildelingskriterium. Det vil si at en i anbudsinnbydelsen vil kunne angi i prosent, hvilken selvstendig vekt forbehold mot kontraktsgrunnlaget vil bli tillagt i vurderingen av tilbudene.

Eksempel fra 2006 der oppdragsgiver angir hvordan forbehold vil bli vurdert:

KOFA sak 2006/7: **F 2.12 Tilbudsvurdering (tildelingskriterier)**

Hemnes kommune vil velge å inngå kontrakt med tilbyder som har det økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av:

Vekting Tildelingskriterier

50 % Økonomi: *Pris for beskrevne løsninger. Timepriser og påslagsfaktorer*

Forbehold som har innvirkning på prisene (OBS! Forbehold som ikke lar seg kostnadsberegne kan føre til at tilbudet anses som ufullstendig og blir avvist.)

30 % Kvalitet:

Kvalitet på tilbudt utstyr og løsninger, herunder levetid, driftskostnader, funksjonalitet, formspråk, miljø, etc.

Forbehold som har innvirkning på ytelsens omfang, art eller kvalitet/fremdrift

Service og teknisk bistand etter levering.

20 % Fremdrift:

Tilbudt leveringstid oppgitt i antall måneder og med endelig sluttdato."

Det vil slik kunne varsles i konkurransegrunnlaget hvordan forbehold vil bli vurdert.

Oppdragsgiver kan med dette sette rammene for konkurransen. Fra et anbudsrettslig ståsted vil dette, isolert sett, også anses som en «positiv praksis» for å fremme likebehandling av tilbyderene. For den enkelte tilbyder kan det i utgangspunktet være problematisk å forholde seg til en praksis som undergraver den fremforhandlede standard og som setter rammer for hvilke forbehold som godtas, spesielt når den aktuelle sanksjon er avvisning. Selv om tilbud og etterspørsel også her vil kunne balansere effekten, vil en stor offentlig oppdragsgiver etter dette inneha en fordel i markedet.

5. Enkelte problemstillinger etter forskriftens reguleringer

I det følgende vil en reise enkelte problemstillinger som isolert sett kan virke perifere nok, men drøftelsen av disse illustrerer den praktiske anvendelse av reglementets bestemmelser vedr. forbehold.

5.1 En entreprenør har selv priset et «felles» forbehold

En praktisk situasjon som kan sette flere problemstillinger på spissen er dersom én blant flere tilbydere selv har priset sitt forbehold. To entreprenører har f. eks. tatt samme forbehold om standardens løsningen om indeksregulering²⁷. Den ene har imidlertid beregnet og taksert forbeholdet.

Den første problemstillingen en må ta standpunkt til er om tilbudet med taksert forbehold kan godtas i konkurransen.

En må gå til § 11-11 (1)²⁸ for å avklare om tilbudet *kan* godtas, med andre ord at det ikke *skal* avvises. § 11-11 (1) oppstiller to vurderingstema for når tilbudet skal avvises. Det første kommer av bokstav d og regulerer når tilbudet inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsgrunnlaget. Det andre vurderingstema kommer av bokstav f som sier at tilbudet skal avvises når forbehold (...) eller lignende kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

En starter med en med en vurdering av om forbeholdet kan anses som vesentlig.

Om tilbudet i dette tilfelle inneholder vesentlige forbehold må avgjøres etter en konkret tolkning. En kan f. eks. holde den takserte verdien av forbeholdet opp mot den samlede verdien av anbudet og ut fra dette vurdere vesentligheten. En kan vanskelig gi et generelt svar på hva som utgjør vesentlighet. Fastsettelsen av slike vurderinger kan best gjøres gjennom praksis. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at «det skal mye til» før noe kan karakteriseres som vesentlig. Ser man tilbake på det anvendte eksempel med forbehold om indeksregulering, kan det

27 Jfr. NS 8405 pkt. 27.1 jfr. NS 3405.

28 Se de parallelle bestemmelser i § 20-13 som angir de samme regler over EU-tersklene.

økonomiske omfanget av dette i prosent, sjelden anses som vesentlig i forhold til den totale kontraktssummen. Reelle hensyn tilsier etter dette at vesentlighetskravet ikke kommer til anvendelse i vårt tilfelle.

Det andre vurderingstema²⁹; om forbeholdet kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige, blir i dette tilfelle et spørsmål om hvor mye tvil som kan godtas. En naturlig språklig forståelse av den valgte formuleringen «*som kan medføre tvil*» tilsier at enhver tvil vil være utslagsgivende. Spørsmålet er om det er omstendigheter som tilsier at denne formuleringen kan tolkes innskrenkende i et tilfelle som dette.- En fastsatt pris på forbeholdet, påvirker selve grunnlaget for tvilen.

Forbeholdet er taksert, dette innebærer at det kan inngå i den samlede kontraktssummen. Denne kan deretter sammenlignes med de øvrige tilbudene. En taksering «i kroner og øre» innebærer videre at tvilen om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige blir sterkt redusert. En kommer etter dette til at ordlyden i det konkrete tilfelle kan tolkes innskrenkende. Et taksert forbehold medføre ikke nødvendigvis mer tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige enn andre poster i tilbudet.

Dette tilsier at tilbudet også kan sammenlignes med de øvrige i en åpen konkurranse om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

En kommer etter dette til at anbudet med taksert forbehold ikke skal avvises, og dermed *kan* godtas i konkurransen.

En har med dette ikke tatt standpunkt til problemstillingen om tilbudet med taksert forbehold må anses som «ikke ubetydelig» og dermed *kan* avvises av oppdragsgiver.

Etter forskriftens § 11-11 (2) bokstav a, er det et vilkår for avvisningsrett at forbeholdet ikke kan anses ubetydelig. (I tillegg må oppdragsgiver ha forsøkt å oppnå avklaring) En har dermed etter forskriftens ordlyd vide rammer for når oppdragsgiver *kan* avvise tilbudet. Der en oppdragsgiver har en avvisningsrett, er det i utgangspunktet opp til oppdragsgivers skjønn å avgjøre om en leverandør skal avvises, dette begrunner enda et vurderingstema.

Forbehold mot kontraktsgrunnlaget vil i praksis ofte kunne karakteres som «ikke ubetydelige» noe som etter forskriftens ordlyd direkte resulterer i at oppdragsgiver kan avvise slike tilbud. Der forbeholdet er taksert vil imidlertid begrunnelsen for avvisningsretten svekkes. Bestemmelsen er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet og hensynet til god forretningsskikk, og er ment å motvirke vilkårlig behandling av tilbyderene. En kan derfor argumentere for at bestemmelsen ikke skal fungere som en utvidelse av avvisningsadgangen.

Ordlyden er forøvrig klar i bestemmelsen, i det konkrete tilfelle med et tilbud med forbehold om indeksregulering vil dette kunne bli karakterisert som ikke ubetydelig og dermed åpent for oppdragsgiver til å avvise.

Etter å ha konstatert at det takserte tilbudet ikke *skal*, men *kan* avvises av oppdragsgiver, blir den neste problemstillingen i eksempelet om en leverandørs forbehold kan prises på grunnlag av en konkurrerende leverandørs taksering av det samme forbehold.³⁰

En må også her presisere problemstillingen, første vurderingen blir dermed om forskriften pålegger oppdragsgiver at han i det aktuelle tilfelle plikter å avvise tilbudet.

Forskriftens § 11-11 (1) bokstav d om forbeholdets vesenlighet er allerede drøftet ovenfor, der en kom til at dette kravet til avvisning ikke kom til anvendelse.

Det sentrale vurderingstema blir dermed om tilbudet med det uprisede forbeholdet skal avvises etter bestemmelsen i § 11-11 (1) bokstav f; fordi det kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

En naturlig språklig forståelse av forskriftens ordlyd i § 11-11 (1) bokstav f, tilsier at et tilbud med et upriset forbehold skal avvises fordi det er vanskelig sammenlignbart med de øvrige tilbudene.

Ettersom forarbeider og praksis ikke gir konkrete holdepunkter for spørsmålet, må en se på

29 Etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav f.

30 En forutsetter at forbeholdene har det samme innhold.

hensynene bak bestemmelsen. Reelle hensyn taler etter mitt syn for at en annen løsning bør velges. En kan vanskelig argumentere for at forbeholdet ikke kan prises dersom en av leverandørene faktisk har satt en pris på det aktuelle forbeholdet. En må etter dette kunne prise forbeholdet på samme måte som den konkurrerende aktør, og på dette grunnlag holde sluttsummene for anbudene opp mot hverandre og sammenligne disse.

En kommer etter dette til at tilbudet med det uprisede forbeholdet ikke *skal* avvises på grunn av tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

En har allerede ovenfor drøftet spørsmålet om tilbudet *kan* avvises av oppdragsgiver etter forskriftens § 11-11 (2) bokstav a, av den grunn at det må anses ikke ubetydelig.

Konklusjonen blir dermed at der to entreprenører har inntatt samme forbehold, og dette er priset av en av aktørene, er oppdragsgiver ikke pliktig til å avvise den andre entreprenørs uprisede forbehold, han har imidlertid adgang til å avvise uten å bryte med reglementet.

5.2 Samme forbehold kan individuelt ikke takseres

En annen problemstilling kommer på spissen i det tilfelle at samtlige leverandører i konkurransen har inntatt samme forbehold i tilbudet, og dette utgjør et forhold ved kontrakten som vanskelig kan takseres. Det typiske eksempel er at en tar forbehold om å anvende en såkalt "urettet" standard. Det vil dermed være vanskelig å takserer tilbudene til en antatt sluttpris.

Dersom det aktuelle forbehold anses som vesentlig, eller det kan medføre tvil om hvordan tilbudene skal bedømmes i forhold til hverandre, skal de ifølge forskriften avvises³¹.

Problemstillingen blir da om samtlige tilbud dermed *skal* avvises på grunn av at de individuelt ikke kan takseres?

Etter naturlig språkkelig forståelse av ordlyden i forskriften skal samtlige tilbud avises på grunn av forbeholdet. Men lovgivers mening var ved utforming av reglene at aktørene skulle konkurrere på like premisser. Hensynet bak regelen; likebehandlingsprinsippet, tilsier at en i en slik situasjon

kan sammenligne tilbudene ut fra de prisene som er oppgitte og velge det som er mest konkurransedyktig. Også andre reelle hensyn, som f. eks. kostnadshensyn, tilsier at tilbudene tas til behandling av oppdragsgiver. Det legges ned store ressurser av leverandørene i utforming av tilbudene. De sterke reelle hensyn må i dette tilfelle tillegges betydelig vekt ved tolkningen av regelverket.

En kommer derfor til at oppdragsgiver ikke plikter å avvise samtlige tilbud i konkurransen.

Neste spørsmål blir om oppdragsgiver, etter forsøk på avklaring, *har adgang* til å avvise tilbudene i henhold til bestemmelsen i § 11-11 (2) bokstav a. Vurderingstemaet og vilkåret for avvisningsretten er om forbeholdet kan anses ikke ubetydelig. Dette vilkåret skal det i praksis ikke meget til for å oppfylle. En forutsetter i den videre drøftelse at dette vilkåret for avvisningsrett er oppfylt for oppdragsgiver.

Det sentrale moment en må være bevisst på i denne sammenheng, er at diskrimineringsforbudet vil sette rammer for oppdagsgivers avvisningsrett i et slikt tilfelle. Dersom tilbyderene har inntatt samme forbehold, vil ikke oppdragsgiver kunne avvise enkelte tilbydere på de ordinære grunnlag³². Vilkåret om at forbeholdet anses som ikke ubetydelig³³ gir heller ikke avvisningsrett av enkelte tilbydere her. Oppdagsgiver vil på dette grunnlag enten, ikke kunne avvise noen eller avvise samtlige tilbydere, og med det avlyse hele konkurransen.

Oppdagsgiver kan etter dette avvise samtlige eller ingen av tilbyderne.

Konklusjonen blir at oppdragsgiver *ikke plikter* å avvise tilbudene når samtlige tilbydere har inntatt samme forbehold som vanskelig kan takseres individuelt. Oppdragsgiver har adgang til å avvise enten samtlige eller ingen av tilbudene.

31 Jfr. § 11-11 (1) bokstav d og f, og § 20-13 (1) bokstav d og f for konkurranser over EU-terskelverdiene

32 Jfr. § 11-11 (1) bokstav d og f

33 Jfr. § 11-11 (2) bokstav a

6 Forbeholds stilling ved brudd på anbudsreglene og de kontraktsrettslige følger

6.1 Kan forbehold settes ut av kraft ved ulovlige forhandlinger?

Den praktiske hovedregel ved anbudskonkurranser er at tilbud og enhetsprising skjer ut fra konkurransegrunnlagets postoppstillinger, eventuelt med innarbeidelse av standarder som f.eks. NS 3420. NS 8405 fastsetter at entreprenørens anbud eller tilbud skal gå foran konkurransegrunnlagets dokumentasjon, se NS 8405 pkt 3.1. c) sammenholdt med e) jfr. 3.2. Men det vil gjelde en sterk presumsjon for at tilbudet stemmer med konkurransegrunnlaget. Dette underbygges av klarhetskravet nedfelt i forskriftens § 11-11 (1) bokstav f jfr. (2) bokstav b.³⁴

Ved forhandlinger mellom partene, enten de er tillatt eller ikke³⁵, vil eventuelle forbehold mot kontraktsvilkårene alltid være et aktuelt tema. Etter forskriftens §§ 12-1 og 21-1 er forhandlinger ikke tillatt ved anbudskonkurranser. Det må presiseres at det er ulovlige forhandlinger under anbudskonkurranser som gjør problemstillingen aktuell. Ved konkurranse med forhandling jfr. §§ 11-8 og 20-11 vil temaet naturlig nok ikke aktualiseres. Spørsmålet er om forbehold gyldig kan ”bortfalle” under de ulovlige forhandlingene.

Byggherren har typisk gjort avvik fra standardkontraktsvilkårene i anbudsinnbydelsen. Grunnlaget for avvikene vil vanligvis kunne knyttes til de forskjellige omstendigheter rundt det enkelte oppdrag. Avvikene gjøres der byggherren anser risikoen for å være stor for et gitt hendelsesforløp, eller der forholdene er vanskelig å kontrollere. Grunnforholdene er f. eks. usikre. Omfanget av de mulige kostnadene vil være førende i vurderingen. I henhold til dette vil det typisk kunne dreie seg om ulike sider av ansvarsforholdet mellom partene. En rasjonell entreprenør vil ut fra dette, i størst mulig grad, unngå å få overført de antatt største risikoområder på seg. Det blir derfor tatt forbehold mot kontraktsvilkårene på de aktuelle områdene. Dermed ønsker begge parter å unngå ansvare for den aktuelle risikoen. Dette resulterer i at partene

34 Fra EF-domstolen kan vises til «Traunfellner» C-421/01

35 Jfr NS 3400 pkt. 13.3

formulerer tilbud og aksept med delvis motstridende innhold. Det kan dermed oppstå en skjult dissens på tross av gjennomført anbudskontroll.

Utgangspunktet for anbudskonkurranser er i NS 8405 pkt. 3.1 bokstav c sammenholdt med e, at entreprenørens tilbud skal gå foran konkurransegrunnlaget ved motstrid og uoverenstemmelser. Men også dette punktet i standarden kan i prinsippet fravikes av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget.³⁶

Hvordan skal så et tilfelle håndteres, der anbudsgrunnlaget har gjort ”avvik” fra NS 8405 punkt 3.2 jfr 3.1, og det oppstår motstrid med tilbudet som har inntatt forbehold om at standardens løsning legges til grunn. Partene inngår i forhandlinger istrid med regelmentet. Kan forbeholdet i et slikt tilfelle anses gyldig ”bortfalt” under de ulovlige forhandlingene? Satt på spissen: hva blir følgene av at entreprenøren under ulovlige forhandlinger presses til å trekke sitt forbehold?

Standardens løsning kan anses som såkallt kutyme på feltet, men forskriftens § 3-11 (1) oppstiller ikke et forbud mot unntak fra standarden.³⁷ Standardens løsninger representerer et deklarasjonsregelverk.

Det sentrale i et slikt tilfelle er at her har oppdragsgiver benyttet seg av avtalefriheten og bevisst gjort et grep for å unngå den risiko dette punktet medfører for ham. En har med mer eller mindre åpenhet satt til side den normalløsning som standarden oppstiller, nettopp for å unngå den risiko denne innebærer for byggherren. Entreprenøren vil på samme grunnlag ønske å begrense sin risiko med å ta forbeholdet. Partene kan, under de mer eller mindre omfattende (ulovlige) forhandlinger, ha utøvet et press på hverandre for å få motparten til å frafalle sitt forbehold/avvik. I ettertid vil partene i praksis typisk holde på at deres utgangspunkt er lagt til grunn og dissensen kan være skjult i vage formuleringer.

Av premissene i BFJR sak 530 (2001) på side 1. kommer det at når kontrakten er kommet i stand på den måten at byggherre har *akseptert* anbyders *tilbud* som i tur er fremkommet på bakgrunn av

³⁶ Se NS 8405 pkt. 3.2 jfr. 3.1 bokstav f, der «denne standarden» oppstilles med prioritet etter tilbud og anbudsgrunnlag

³⁷ Jfr. bl.a KOFA sak 2003/138, (se egen drøfting)

den allerede foreliggende anbudsdokumentasjon, er prosedyren i utgangspunktet en variant av det som reguleres i avtalelovens kap. 1 om slutning som skjer ved at et bindende tilbud (anbudet) aksepteres av adressaten ved aksept (antagelse). ”Avtaleloven gir regler om motstrid mellom tilbud og aksept i lovens § 6, men her er det bare tale om hvorvidt avtale er kommet i stand.”... ”Inngår partene avtale ved skjult dissens, gir avtaleloven ingen løsning. Slik motstrid må behandles som et avtalerettslig ikke-lovregulert tolkningsspørsmål.”

Forutsetningen om enighet holder ikke i et slikt tilfelle. Ved et slikt tilfelle foreligger, rettslig sett, ikke den situasjon som avtalelovens § 6 omhandler. Man kan ikke her si at anbudsantagelsen (aksepten) avviker fra tilbudet (anbudsgrunnlaget).

”Anbudsgrunnlaget er hverken tilbud eller aksept, men avtalerettslig en oppfordring til aktuelle oppdragstagere om å levere inn sine anbud (tilbud). At anbudet avviker fra anbudsgrunnlaget, faller dermed utenom det som reguleres i avtalelovens § 6. Man kunne bare anvendt § 6 i et tilfelle der anbyderen på sin side må forstå at anbudsinnbyderen ved sin antagelse i realiteten går ut fra at anbudsgrunnlaget skal gjelde. I slikt tilfelle gjelder at den avvikende aksept gjelder som avslag i kombinasjoon med nytt ”tilbud”. (den avvikende aksept), dog slik at tilbyderen pålegges varslingsplikt og ved forsømmelse på dette punkt risikerer at avtale anses inngått på de vilkår som reelt ligger implisitt i aksepten.

Det vises videre til BFJR sak 530 (2001) for en inngående drøfting av problemstillinger vedr. skjult dissens³⁸

For å avgjøre spørsmålet må en gå til den generelle bakgrunnsretten. En må her, som i den alminnelige kontraktsretten, først se på hva som anses avtalt mellom partene. En må gå inn i

38 Det skal i denne sammenheng nevnes at det aktuelle tilfelle etter dagens ”fellesregler”, ville blitt avvist etter forskriftens gjeldende regler i § 11-11 (1) bokstav f, som sier at et tilbud *skal* avvises når det på grunn av forbehold kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige. Forskjellen fra tilfelle i 2001-saken er at spørsmålet den gang bl.a avgjordes ut fra oppdragsgivers egne anbudsbestemmelser ang. avvisning jfr. rådets uttalelse på s. 4: «..Bestemmelsene om hvilke avvik man vil tolerere må snarere ses som presiseringer som varsler at anbud **kan bli avvist** med hjemmel i anbudsgrunnlaget dersom forbeholdene går for langt. Men ikke noe mer enn det.»

avtaleverket og gjøre en konkret tolkning av det enkelte tilfelle. Dersom en etter en tolkning av dette kommer til at byggherren har inngått en kontrakt som angir standardens løsning som gjeldende, vil dokumentenes prioriterte rekkefølge følge standardens løsning. Dersom en derimot gjennom tolkning av avtalen kommer til at entreprenøren har inngått en avtale som forrykker rekkefølgen av prioriteten til dokumentene, vil dette måtte legges til grunn.

Høyesteretts avgjørelse, Rt 2005 s. 1481, som gjelder en privat anskaffelse, (referert nedenfor) angir den nevnte løsning. Her går retten direkte til avtalens dokumenter og konstaterer at partene der har avtalt at ”...dokumentene som avtalen er basert på, og som er listet opp i avtalen, i tilfelle uoverenstemmelser skal gjelde i den rekkefølgen de er opplistet.” Høyesterett legger det ikke vekt at denne oppstillingen angir en annen løsning enn standardens. Partene har selvstendig (på tross av det alminnelige forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser) fremforhandlet avtalen, og må etter dette stå for det resultat de har fått. Forbeholdet vil etter denne tolkning, som andre kontraktsvilkår, kunne bli satt ut av kraft også ved ulovlige forhandlinger.

Det kan imidlertid anføres at dette resultat vil kunne gi meget skjeve resultat ved offentlige anskaffelser innen bygg og anlegg. Spesielt i forhold til det tidligere nevnte, spissformulerte tilfelle – hvor oppdragsgiver under ulovlige forhandlinger presser leverandøren til å trekke sitt forbehold. Problemstillingen reiser uavklarte spørsmål i praksis, men høyesterett har inntil videre avgjort rettsstillingen vedr. dette spørsmålet. En må derfor gå ut ifra at forbehold vil anses bortfalt selv om forhandlingene som førte til resultatet var i strid med anbudsreglene.

I Byggebransjens Fagelige Juridiske Råd (BFJR) sak nr. 583 (2005) ble en tilstøtende problemstilling behandlet, - hvorvidt forbehold kan innfortolkes i anbudet, jfr. NS 8405 pkt. 27.1 om betydningen av avtaledokument som opprettes etter avsluttet anbudskonkurranse.

Saken gjaldt en generalentreprise med ombygging av et kommunalt sykehjem. Anbudet ble inngitt på grunnlag av anbudsdokumentene som sa at NS 8405 skulle gjelde i sin helhet. Av NS 8405 pkt. 27.1 jfr. 3405 fremkommer det at om ikke annet er avtalt skal kontraktssummen reguleres for prisstigning. Anbudet ble inngitt uten forbehold. I det påfølgende kontraktsmøtet skrev imidlertid byggherren inn i kontrakten at ”Det er ikke forbehold om prisstigning. Anbudssum og priser reguleres derfor ikke for lønns- og prisstigning.” Temaet var ikke tatt opp på møtet, men var inntatt i kontrakten som entreprenøren skrev under. Kommunen avviste i ettertid kravet om prisstigning.

Rådet uttaler om dette: "Det er på det rene at kommunen ikke kan endre spillereglene når anbudet er antatt. Anbudsgrunnlaget viste til NS 8405 "i sin helhet" og dette har anbyderne – og spørgeren – forholdt seg til. At det settes opp et "Avtaledokument" med et punkt "Indeksregulering" om at kontraktssummen ikke skal reguleres bryter med de kontraktsvilkår som allerede er varslet som gjeldende for oppdraget, og det hjelper ikke at den antatte anbyder angivelig skal ha godtatt dette i henhold til et oppsatt møtereferat mellom partene, der begrunnelsen misvisende er at anbyderen ikke har tatt forbehold om prisstigning."

Rådet kom etter dette enstemmig til at entreprenøren hadde krav på prisstigning.

Hvilke kontraktsrettslige følger får det så at forhandlingsforbudet etter de anbudsrettslige regler er brutt? Vil det ulovlig fremforhandlede resultat være kontraktsrettslig gyldig mellom partene? Dette vil behandles i neste avsnitt.

6.2 Kontraktsrettsvirkningene av brudd på anbudsreglene

Det er ikke tilstrekkelig å konstatere at forbehold kan frafalles ved ulovlige forhandlinger under anbudskonkurransen. Det interessante blir videre hvilke kontraktsrettslige følger det får for avtalen at de anbudsrettslige regler er brutt. Problemstillingen i denne sammenheng blir i hvilken grad avtalens innhold står seg mellom partene når anbudsreglene er brutt ved inngåelsen.

Kontraktsrettsvirkningene av brudd på de alminnelige anbudsrettslige regler er ikke vedtatt i lov eller forskrift, reguleringen er således hjemlet i ulovfestet rett. De kontraktsrettslige følgene av brudd er ikke spesielt regulert i det offentlige anskaffelsesregelverket, en må derfor se hen til den alminnelige anbudsretten.

Det er i senere tid kommet en sentral dom fra Høyesterett angående denne problemstillingen; Rt 2005 s. 1481. Kontrakten gikk ikke inn under regelen om offentlige anskaffelser, da oppdragsgiver var privat. Saken gjaldt fastsettelse av pris på kontraktsarbeid etter en forutgående anbudskonkurranse. Oppdragsgiver hadde i anbudsinnbydelsen opplyst at alle priser var faste mens entreprenøren i sitt anbud hadde tatt forbehold om at de avtalte priser ble justert for lønns- og prisstigning etter Statistisk sentralbyrås indeks.³⁹ Høyesterett kom etter en konkret vurdering til at entreprenøren hadde trukket sitt forbehold under ulovlige forhandlinger mellom partene. Retten går i dommspremissene direkte til avtaleverkets dokumenter for tolke innholdet av disse. Etter å ha konstatert at forbeholdet var blitt trukket under forhandlingene, går retten over til å behandle problemstillingen om følgene av brudd på de anbudsrettslige regler. Retten uttaler: *”Spørsmålet er om det foreligger omstendigheter som gjør at det klare utgangspunkt om at prisene skal være faste likevel må fravikes.”* Høyesterett viser med dette at det kan foreligge omstendigheter som fører til at et ulovlig fremforhandlet resultat, kontraktsrettslig, ikke skal binde partene. Entreprenøren hadde anført at det taler mot å tolke dokumentene etter sin ordlyd at partene hadde forhandlet i strid med et klart forhandlingsforbud i anbudsreglene. Om hvilken betydning slike anbudsrettslige regler har for spørsmålet om det er inngått en avtale, henviser høyesterett til tidligere høyesterettspraksis; Rt 2002 s. 1288 på side 1298, sitat:

”Utgangspunktet er klart. En avtale er kontraktsrettslig gyldig mellom partene selv om den innebærer at det foreligger brudd på de anbudsrettslige regler som har til formål å sikre like konkurransemuligheter. En annen sak er at de anbudsrettslige regler – blant annet i Norsk Standard 3400 – kan ha betydning ved tolkningen av de disposisjoner som innbyder og anbyder foretar. Det vil ofte foreligge en presumpsjon for at partene ikke opptrer i strid med de anbudsrettslige regler, jf. dommen i Rt-1994-1222. Men det vil bero på en konkret vurdering hvilken vekt dette moment har i det enkelte tilfelle. I denne saken får dette tolkningsprinsipp, slik jeg ser det, begrenset selvstendig betydning.”

Høyesterett fortsetter med å konstatere at *”Også i vår sak må det refererte tolkningsprinsipp ha begrenset vekt.”* Retten konstaterer at et presumpsjonprinsipp for at partene ikke har opptrådt i

39 Som regulert i NS 8405 pkt. 27.1 med åpning for «er ikke annet avtalt» jfr NS 3405 pkt. 3.1

strid med de anbudsrettslige regler ikke kan komme til anvendelse i den aktuelle saken.

Høyesterett anvender her den eldre rettspraksis direkte på den gjeldende sak og konstaterer med dette den gjeldende rettstilstand.

Høyesterett levner liten tvil om de kontraktsrettslige følger av brudd på anbudsreglene. En avtale er etter dette kontraktsrettslig gyldig mellom partene selv om den innebærer at det foreligger brudd på de anbudsrettslige regler. En må imidlertid være bevisst på at avtalelovens regler, spesielt § 36, kan komme til anvendelse ved slike tilfelle.

Det vil kunne foreligge en presumpsjon for at partene ikke opptrer i strid med de anbudsrettslige regler, jfr. Rt 1994 s. 1222. Dette vil bare utgjøre et tolkningsmoment av de *faktiske disposisjoner* som innbyder og anbyder foretar. Der retten ikke finner det tvilsomt at partene har gjennomført reelle, ulovlige forhandlinger, vil en misfornøyd forhandlingspart ikke kunne høres med å henvise til at anbudsreglene ble brutt og at kontraktens innhold derfor ikke er gyldig mellom partene.

Det materielle innholdet i avtalen er kontraktsrettslig gyldig selv om anbudsreglene er brutt ved inngåelsen av avtalen. Høyesterett viser med dette at hensynet til avtalefriheten på dette feltet går foran et sterkere vern av de anbudsrettslige regler. Dette kommer av at de anbudsrettslige regler er gitt for å regulere kontraktsinngåelsen mellom partene ved konkurranser, ikke for å regulere partenes adgang til avtaleinngåelse.

6.3 Sanksjonering av anbudsbestemmelsene

Dette aktualiserer spørsmålet om hvordan de anbudsrettslige regler sanksjoneres for henholdsvis oppdragsgiver og tilbyder. Sanksjonene ved brudd på de offentlige anskaffelsers anbudsregler er i motsetning til de kontraktsrettslige følger regulert i lov om offentlige anskaffelser.

Det videre tema for drøftelse blir dermed partenes rettslige stilling i forhold til brudd på anbudsreglene og de aktuelle sanksjonene regelverket hjemler.

Når offentlige byggherrer sender ut tilbudsinnbydelser må de forholde seg til de anbudsrettslige reglene. En må ta i betraktning de potensielle sanksjonene ved brudd på reglementet og eventuelle konsekvenser av avlysning av konkurransen. Aktuelle leverandører investerer ressurser i tilbudsregningen og de er nødt til å sette av ressurser i det tilfelle at de skulle vinne anbudskonkurransen. De kan ved brudd på reglene risikere å gå glipp av fortjenesten kontrakten ville gitt. Byggherrer som ikke følger opp og gjennomfører prosjektene som er utlyst, kan komme i et erstatningsansvar. En leverandør må på sin side stå ansvarlig for tilbudet han innleverer.

6.3.1 De aktuelle sanksjonene ved brudd på reglementet⁴⁰

6.3.1.1 Tilsidesettelse av beslutninger og midlertidig forføyning

Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 7 annet ledd at retten kan sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre, når beslutningen er i strid med regelverket og kontrakt ikke er inngått. Retten har også hjemmel til å beslutte midlertidig forføyning i henhold til lov om offentlige anskaffelser § 8 første ledd, dersom kontrakt ikke er inngått. Dersom kontrakt er inngått, vil retten ikke kunne sette til side beslutninger eller begjære midlertidig forføyning i medhold av lov om offentlige anskaffelser §§ 7 eller 8.

(Hjemmelen til å ilegge mulkt er en særbestemmelse for forsyningssektorene, og gjelder ikke ved brudd på forskrift om offentlige anskaffelser.)

6.3.1.2 Erstatning

Det ville sprengte avhandlingens rammer å gjøre en fullstendig redegjørelse for de ulovfestede erstatningsrettslige rammer innefor rettsfeltet. Disse forsettes kjent for leseren. Det spesielle ved

⁴⁰ Se Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) (endringslov)

de offentlige anbudskonkurranser er at regelverket lovfester rettigheter for leverandørene, noe som er en særegenhet for disse - i anbuadsrettslig sammenheng.

I henhold til lov om offentlige anskaffelser § 10 har leverandøren krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av brudd på reglene.

En kan i korthet oppsummere erstatningsansvaret for byggheren til at det ved konstatert brudd på de anbuadsrettslige regler vil stå mellom to alternative utmålingsgrunnlag – erstatning for negativ- eller positiv kontraktsinteresse. Ansvarsgrunnlaget er det som gjerne kalles culpa in contrahendo ved mislykket kontrahering. Det culpøse består i at man bryter med normene for gjennomføring av konkurransen. I tillegg oppstilles et krav om relevant årsakssammenheng, det avgjørende blir om feilen har virket inn på valg av anbud.⁴¹

Den positive kontraktsinteresse innebærer at leverandøren stilles som om han hadde fått kontrakten. Ved erstatning for positiv kontraktsinteresse skal entreprenøren stilles som om han var blitt tildelt-, og hadde gjennomført kontrakten. Den positive kontraktsinteresse inkluderer det overskudd entreprenøren hadde oppnådd ved gjennomføringen av prosjektet.

Begrepet negativ kontraktsinteresse knytter seg her til forgjeves pådratte kostnader ved å gi et tilbud. Ved erstatning for negativ kontraktsinteresse skal entreprenørens økonomiske tap i tilknytning til inngåelse av kontrakten dekkes - slik at han i ettertid står som om konkurransen ikke var avholdt. For at byggheren skal være pålagt å erstatte den negative kontraktsinteresse i vårt tilfelle, kreves det konstatering av brudd på de anbuadsrettslige regler.

For erstatning for positiv kontraktsinteresse kreves det i tillegg at entreprenøren godtgjør at han faktisk ville oppnådd tildeling av kontrakten dersom anbuadsrettslige brudd av byggheren ikke var blitt begått. Entreprenøren må dermed kunne dokumentere dette. Dersom brudd på anbuadsreglene f. eks. tilsier at konkurransen skulle ha vært avlyst, vil ikke entreprenøren kunne dokumentere at han ville oppnådd tildeling om bruddene ikke var blitt begått.⁴² Dermed vil bare

41 For en grundig gjennomgang av temaet, se Rt 1997 s. 574 «Firesafdommen»

42 Jfr. KOFA sak 2006/27

erstatning for negativ kontraktsinteresse være aktuelt.

Muligheten for å kreve positiv kontraktsinteresse i forbindelse med offentlige anskaffelser er i norsk domspraksis hittil bare knesatt ved feil under anbudskonkurranser. Høyesterett har ikke tatt stilling til om også potensielle leverandører ville kunne fått erstatning der oppdragsgiver helt har ignorert kravet til konkurranse. Uansett gjør kravet til årsakssammenheng at det er vanskelig å se for seg en situasjon hvor en leverandør er i stand til å påvise, med klar sannsynlighetsovervekt, at han ville fått kontrakten dersom det hadde vært arrangert en konkurranse. Det vises i denne sammenheng til Nucleusdommen, publisert i Rt. 2001 s. 1062, der Høyesterett drøfter kravene for at en leverandør skal få erstattet den positive kontraktsinteressen.

6.3.1.3 Entreprenørens stilling

For entreprenøren vil hovedsakelig avvisning fra konkurransen⁴³, som i seg selv kan representere et vidtrekkende økonomisk tap, være den fremtredende risiko. Entreprenøren begår etter dette ikke brudd - han risikerer avvisning.

Etter at kontrakt er inngått, vil erstatnings- og avvisningsrammene dermed utgjøre partenes rettslige stilling i forhold til brudd på anbudsreglene.

6.4 Sanksjonenes forholdsmessige omfang for partene ved ulovlige forhandlinger

En interessant problemstilling etter dette vil være å drøfte partenes stilling ved et brudd på regelverket. En kan for å sammenligne sanksjonenes forholdsmessige omfang, holde de potensielle sanksjonene for partene opp mot hverandre ved brudd på reglene - f.eks. det praktiske eksempelet; ulovlige forhandlinger. Det interessante moment som kan reises i denne sammenheng, er partenes individuelle sanksjonsrisiko ved slike ulovlige forhandlinger.

43 Jfr. forskriftens avvisningsregler i §§ 11-10, 11-11 og 11-12.

En konsekvent anvendelse av reglene tilsier at dersom en entreprenør presses til å trekke et forbehold under ulovlige forhandlinger, vil følgene bli at den inngåtte avtale, kontraktsrettslig, på tross av brudd på anbudsreglene, står som gyldig mellom partene.⁴⁴

Der entreprenørens forbehold blir stående etter endte forhandlinger, vil avtalen også være kontraktsrettslig gyldig. I dette tilfelle risikerer entreprenøren imidlertid at forbeholdet blir ansett som vesentlig, han vil dermed bli avvist fra konkurransen, med de økonomiske følger dette måtte innebære.

I det tilfelle byggherren derimot går inn i ulovlige forhandlinger, risikerer han uansett forhandlingsutfall, ikke at resultatet annulleres etter de gjeldende anbudsbestemmelser. Der f.eks. KOFA konstaterer brudd på reglene ved et slikt tilfelle, vil entreprenøren ha forholdsmessig mer å tape enn byggherren jfr. avvisningsreglene. Byggherren risikerer etter dette mindre ved å gå inn i ulovlige forhandlinger. Avtalen vil bli gyldig mellom partene på tross av brudd på anbudsreglene. En må utover dette ta forbehold om at en kontrakt kan kjennes ugyldig etter Avtalelovens § 36.⁴⁵

Dette illustrerer den skjevhet tolknigen i Rt 2005 s. 1481 potensielt kan skape på dette feltet. Sanksjonsrisikoen for byggherren vil etter dette ikke være like omfattende som for entreprenøren ved ulovlige forhandlinger. Den gjeldende rettstilstand kan dermed skape et skjevt forhold mellom partene i forhold til forhandlingsforbudet.

Avtaleloven vil her som ellers kunne sette rammer. Dette vil ikke nødvendigvis utjevne tilstanden. At kontrakten er kommet til under ulovlige forhandlinger behøver ikke å tilsi at innholdet i avtalen er urimelig, eller at det vil være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. At avtalen er fremforhandlet i strid med de anbudsrettslige regler vil bare utgjøre et tolkningsmoment i vurderingen.

44 Se egen drøftelse ovenfor jfr. Rt 2005 s. 1481

45 Lov om slutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer, av 31. mai Nr. 4. 1918

7 Avslutning

Ved drøfting av problemstillinger knyttet til dette tema må en se hen til hvilket formål reglementet er til for å avtjene. Grunnlaget for reguleringen både nasjonalt og innenfor EU er at aktørene skal behandles på like vilkår og at konkurransen med dette skal være rettferdig. Hovedhensynet bak reguleringen er å skape et åpent konkurransemarked grunnet på prinsippet om tilbud og etterspørsel. Med rettferdighet i denne sammenheng taler man gjerne om rettferdig konkurranse mellom leverandørene. Det som ikke fokuseres like mye på i forarbeider og formålsbetraktninger er regelverkets påvirkning av balansen mellom partene i kontrakten.

Etter at bygg- og anleggssektoren ble underlagt det generelle reglementet om offentlige anskaffelser, har aktørene i bransjen omstillet seg etter rettsfeltets utvikling. I og med at de offentlige anskaffelsene utgjør en betydelig del av dette markedet, fungerer reglementet som en viktig premissgiver for markedsbalansen mellom partene.

En kan fra det samlede regelverket utlede rettsvirkningene av at det er tatt forbehold mot kontraktsvilkårene. En har i det foregående søkt å fremlegge og drøfte disse i et entrepriserettslig perspektiv. Det som avslutningsvis krever en nærmere behandling, er en del av de nevnte rettsvirkningenes innvirkning på balansen mellom kontraktspartene i bransjen. Den samlede effekten utgjør en tendens til maktforskyvning innen anbudspraksis. Det sentrale er at det er en forskyvning som skjer ut fra et mer eller mindre balansert utgangspunkt - som historisk innen bransjen bygger på fremforhandlede kompromisser.

Ved reversering av endringen av den nye forskriftens § 3-11 bidrar departementet til en forskyvning av byggerisiko. En kan ikke gjennom den argumentasjon som blir henført til støtte for reverseringen, utlede at dette er en mer hensiktsmessig løsning for bransjen. «*Urimelig risiko for forhold som en ikke har noen kontroll over*» skal etter departementets vurdering kunne legges på leverandørenes skuldre. Bare signaleffekten av å fjerne tillegget utgjør en markant maktforskyvning innen bransjen. Sett i sammenheng med at den nye bestemmelsen svekker samarbeidsgrunnlaget for fremforhandling av balanserte kontraktsvilkår, er leverandørsidens «desperasjon» over det som skjedde i «tolvte time» ikke forbausende. En skulle istedet verne om

de sterke tradisjonene i bransjen for fremforhandling av standard kontraktsvilkår. Sterke hensyn taler mot å svekke standardenes sentrale posisjon som dynamisk kraft innenfor regelverket.

Videre vil en konsekvent anvendelse av linjen Høyesterett fastlegger i Rt 2005 s. 1481,- sammenholdt med oppdragsgivers vide avvisningsrett etter forskriften, utgjøre momenter som for bygg- og anleggsbransjen forskyver maktbalansen mellom partene. Entreprenørene står, i forhold til offentlige oppdragsgivere, svakere som kontraktspart etter den stramme linje som trekkes av Høyesterett i denne saken. Sanksjonssystemet ved brudd på anbudsreglene fremstår etter dette som mangelfullt utviklet.

Et interessant moment som trekker problemstillingen vedr. sanksjoner et stykke videre er erstaningsansvaret ved konstatert brudd på de anbudsrettslige regler etter Lov om offentlige anskaffelsers § 10.

Kan entreprenøren som under ulovlige forhandlinger ble presset til å trekke sitt forbehold om prisjustering, - etter å ha utført sine kontraktsrettslige plikter etter avtalen jfr. Rt 2005 s. 1481, - *i ettertid* gå til sak med krav om erstatning hjemlet i lovens § 10 - på grunnlag av lidt tap i form av prisjusteringen han aldri fikk som følge av bruddet på regelverket?

Etter dagens rettstilstand fremstår dette som eneste mulighet for entreprenøren til å få erstattet sitt tap som følge av bruddet på regelverket. Lovens § 10 gir anvisning på erstatning for lidt tap som følge av brudd på forskriften. Med det utgangspunkt Høyesterett legger til grunn i Rt 2005 s. 1481, kan det være vanskelig å si om det er åpning for en slik tolkning, men lovens ordlyd såvel som reelle hensyn tilsier at dette må være alternativet for entreprenøren.

Samlet utgjør de nevnte momenter en forskyvning av maktbalansen i bransjen

En må søke å unngå å skape en tilstand i bransjen der den offentlige byggherre blir uhensiktsmessig mektig, - der entreprenøren i et tøft marked er fratatt muligheten til å ta «nødvendige» forbehold mot urimelige vilkår. Entreprenøren risikerer etter forskriftens ordlyd å få sitt tilbud avvist på grunnlag av et legitimt kontraktsrettslig forbehold - med den begrunnelse at det vanskelig kan takseres. Alle momenter tatt i betrakning, spesielt reelle hensyn og praktiske formål, - anses det mest hensiktsmessig at tilbud med forbehold i utgangspunktet skal prises, også der dette kan være vanskelig. KOFAs uttalelser på dette området har ikke vært helt konsekvente gjennom de siste årenes praksis, men det ser ut for at også bransjen i praksis har fulgt denne linjen. Gjennom en slik fremgangsmåte får en mer balanserte kontraktsvilkår mellom leverandør og oppdragsgiver. Ut fra den nye forskriften ser det ikke ut som om denne tilstanden vil endres, selv om både den nye og gamle ordlyden isolert sett kan tyde på at avvisning er eneste utvei.

Forbehold mot byggherrens konkurransegrunnlag er en del av et større juridisk bilde. Jeg har gjennom denne avhandlingen søkt å redegjøre for rettsvirkninger og aktuelle problemstillinger i tilknytning til dette mangfoldige temaet. Samspillet mellom private- og offentligrettslige emner skaper interessante utfordringer og problemstillingene er aktuelle i bransjen idag. Forhåpentligvis har denne avhandling belyst interessante aspektene vedr. emnet.

8 Litteraturliste

Dragsten, Marianne H og Lindale, Esther: *Offentlige anskaffelser, kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2005

Amdal, Gro og Roll Matthisen, Inger: *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser, kommentarutgave*, 1995 Kommuneforlaget AS, Oslo: 2. utgave 2004.

Kolrud mfl, Helge Jakob: *NS 8405 kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2004. ISBN 82-15-00128-9

Nielsen, Ruth: *Udbud af offentlige kontrakter*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. utg 2002. ISBN 87-574-0818-1.

Norges Standardiseringsforbund, Utvalg av Norsk Standard: *Kontraktsbestemmelser for bygg og anlegg*. Oslo, 1995. P-362

Simonsen, Lasse: *Prekontraktuelt ansvar*. Oslo: Universitetsforlaget, 1997. ISBN 82-00-22928-9.

Trygstad, Kristian: *Offentlige anskaffelser: Den rettslige kontrollen med oppdragsgivers vurderinger i tildelingsfasen*. Oslo, 2004. Tilgang:

www.digbib.uio.no/publ/jus/2004/16120/spesialoppgave.pdf

Veiledninger:

Fornyings- og administrasjonsdepartementet: *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*. Oslo, 2006

